

HANS KELSEN

UNA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Carlos Gaviria Díaz
Mario Alberto Montoya Brand
Édgar Hernán Fuentes Contreras
Óscar Mejía Quintana
Thomas Bustamante

Coordinador
Édgar Hernán Fuentes Contreras



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

Facultad de Relaciones Internacionales
y Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa de Derecho

Hans Kelsen: una teoría pura del derecho

Carlos Gaviria Díaz
Mario Alberto Montoya Brand
Édgar Hernán Fuentes Contreras
Óscar Mejía Quintana
Thomas Bustamante

Coordinador
Édgar Hernán Fuentes Contreras



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

Facultad de Relaciones Internacionales y
Ciencias Jurídicas y Políticas
Programa de Derecho

Hans Kelsen: una teoría pura del derecho / Édgar Hernán Fuentes Contreras
[et al.]. – Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano,
2010.

206 p.; 24 cm.

ISBN: 978-958-725-049-7

1. HANS, KELSEN, 1881-1973. 2. TEORÍA DEL DERECHO. I. FUENTES CONTRERAS,
ÉDGAR HERNÁN.

CDD340.1”K29”

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano
Carrera 4 N° 22-61 – PBX: 242 7030 – www.utadeo.edu.co

Hans Kelsen: una teoría pura del derecho

ISBN: 978-958-725-049-7

Primera edición: 2010

Rector: José Fernando Isaza Delgado

Vicerrector académico: Diógenes Campos Romero

Decana de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y

Políticas: Carlos Andrés Gómez González

Director editorial (E): Jaime Melo Castiblanco

Coordinación académica: Édgar Hernán Fuentes Contreras

Coordinación editorial: Andrés Londoño Londoño

Revisión de textos: Taller de Edición – Luis Rocca

Diseño de portada: Alejandro Sicard Currea

Diagramación: Alejandro Sicard Currea

Impresión:

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin
autorización escrita de la Universidad.

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA

Hans Kelsen: una teoría pura del derecho

Carlos Gaviria Díaz
Mario Alberto Montoya Brand
Édgar Hernán Fuentes Contreras
Óscar Mejía Quintana
Thomas Bustamante

Coordinador
Édgar Hernán Fuentes Contreras



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

Facultad de Relaciones Internacionales y
Ciencias Jurídicas y Políticas
Programa de Derecho

“No hay orientación política alguna de la que la teoría pura del derecho no haya sido sospechada. Pero justamente ello demuestra, mejor de lo que yo podría hacerlo, su pureza”.

A handwritten signature in black ink, reading "Hans Kelsen". The signature is written in a cursive, flowing style with a large, prominent loop at the end of the last name.

Al recuerdo y a la persona del profesor Benigno Mantilla Pineda, quien por su dedicación, trabajo y estudio, transmitió no sólo su conocimiento durante más de 50 años en la academia, sino también el amor por ella.

A él, quien por su desafortunado fallecimiento no alcanzó a compartir nuevamente su experiencia y saber sobre Kelsen en el presente volumen, aunque había aceptado gustoso la invitación a hacerlo.

Contenido

Presentación

Édgar Hernán Fuentes Contreras..... 13

La ruptura del monismo kelseniano: a propósito de la norma fundamental

Carlos Gaviria Díaz..... 21

La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen

Mario Alberto Montoya Brand..... 49

La tolerancia como construcción epistemológica del sistema democrático global

Édgar Hernán Fuentes Contreras..... 115

El problema de de la norma básica en Hans Kelsen. Aporías del positivismo y paradigmas postpositivistas de superación

Óscar Mejía Quintana..... 147

La creación del derecho por la jurisprudencia: notas sobre la aplicación del derecho y la epistemología en la teoría pura del derecho

Thomas Bustamante..... 207

Presentación

Sin lugar a dudas, para la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, haber generado un espacio de discernimiento académico como el propiciado el 2 de octubre del año 2009 resultó en un evento de especial trascendencia. Se trató de una celebración que pasó de los límites de la academia para ser una conmemoración de uno de los juristas más ilustres e influyentes del siglo xx: Hans Kelsen.

Nacido en Praga, cuando aún ésta hacía parte del Imperio Austro-Húngaro, el 11 de octubre de 1881, este autor vienés generó una revolución en el pensamiento jurídico, en los términos de Thomas Kuhn,¹ que lo llevó a ser reconocido como “el jurista del siglo xx”, y a que diversos autores lo dimensionen con la preeminencia del filósofo Immanuel Kant.

Doctor Juris de la Universidad de Viena (1906), profesor agregado y titular, en su orden, en la misma Universidad, y en las universidades de Colonia, Ginebra, Praga, Harvard y California (Berkeley); además, asesor y redactor de la Constitución de la República de Austria de 1920, miembro del Tribunal Constitucional Austríaco entre 1927 y 1930; autor de una innumerable bibliografía, que ha sido

1 Thomas KUHN, *Estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires / México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

traducida a diversos idiomas y que aún sirve de referencia. Éstos son algunos de los numerosos argumentos para aseverar con certeza que Hans Kelsen es el autor de mayor notabilidad en el ámbito jurídico en la pasada centuria —que estuvo marcada por dos guerras mundiales—, con una connotación inscrita entre la contienda entre el derecho natural y el derecho positivo.

Los aportes teóricos efectuados en su obra *Teoría pura del derecho*, publicada en Ginebra en 1934, aunque irreductibles a ella, extendieron una óptica del derecho distinta que para 1936 ya había sido traducida alrededor de nueve idiomas. En el año de 1941 se publicará, por parte de la Editorial Losada de Buenos Aires, la traducción al español de la primera edición alemana de la *Reine Rechtslehre* (*Teoría pura del derecho*), realizada por Jorge G. Tejerino. Obra que además tendrá una segunda edición en el año 1960, y que será traducida por primera vez al castellano, directamente de la edición alemana en el año de 1979, por parte de Roberto Vernengo.²

Esta obra, inspirada en la *Crítica de la razón pura*, procuró la construcción de una teoría del derecho completamente autónoma e independiente, que no empleara herramientas intelectuales de otras disciplinas, y que unificara el objeto de estudio del derecho a aquello denominado como derecho positivo. Es por ello que Kelsen, mediante la pureza metódica, favoreció la producción de una explicación lógico-formal del universo normativo y la construcción real de una ciencia jurídica.

El autor vienés, con su purificación teórica del derecho y su aceptación práctica de influencias de otras materias, se ha ganado de

2 Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica de Latinoamérica*, Bogotá, Legis, 2004.

lejos reconocimiento como el jurista teórico del siglo xx, y quizás el primordial de todos los tiempos. Quizá la mejor forma de entenderlo sería afirmar que Kelsen contribuyó al mundo jurídico como lo realizó Adolf Loos, el conocido arquitecto austríaco y autor del texto «Ornamento y delito» en 1908; Kelsen quitó los ornamentos y las valoraciones en el derecho, para hacerlo un objeto de estudio ajeno a la subjetividad y cercano a la previsible y universal.

No obstante, ello se ha configurado para que, en buena parte, haya sido distinguido como uno de los autores controversiales de la época, e incluso, acusado de que su teoría inspiró los hechos ocasionados durante el Tercer Reich, debido a la promulgación de que “cualquier contenido puede ser derecho”.

Ajeno a ello, es inevitable pensar que “[...] aún es válido en la reflexión jurídica afirmar, parodiando lo que se dijo en su momento, acerca de la filosofía kantiana, que se puede estar con Kelsen o contra Kelsen, pero no se puede estar sin Kelsen”.³

Fue todo ese contexto lo que hizo que fuese más que justificable, en el marco de los treinta años de la publicación en castellano de la segunda edición de la Teoría pura del derecho y de los setenta y cinco de la primera en alemán, que la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano contara con ponentes internacionales y nacionales, para dialogar sobre el jurista y su teoría.

Haber contado con personalidades de dicho carácter y con un auditorio totalmente interesado, hacía necesario que ese diálogo enablado no pudiese pasar desapercibido. Es ésa la razón por la cual

3 Mario OSSA HENAO, «Hans Kelsen, el teórico puro», en *Suplemento Literario Dominical* del diario *El Colombiano*, Medellín, 27 de abril de 2003, p. 6. Frase empleada originalmente por el profesor Robert Walter, director del Instituto Hans Kelsen de Viena.

Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas publica el presente volumen, que contiene una recopilación de buena parte de las ponencias presentadas durante la jornada de conmemoración realizada el 2 de octubre de 2009, denominada Hans Kelsen: una teoría pura del derecho.

Una antología de textos disímiles, pero con la rigurosidad académica propia de cada uno de los autores y que pone en discusión, en términos actuales, las construcciones metodológicas y teóricas del profesor austríaco. Un recorrido sobre interpretaciones, críticas, profundizaciones, posturas, complementos y dilucidaciones, que, de seguro, pondrán una vez más a los lectores en la necesidad de repensar lo que hasta ahora se ha dicho de Kelsen.

Durante más de doscientas páginas, el lector encontrará cinco artículos compuestos por las palabras pronunciadas por el profesor Carlos Gaviria Díaz el día del evento, las ponencias escritas de los profesores Óscar Mejía Quintana, Thomas Bustamante y el suscrito, Édgar Hernán Fuentes Contreras, y una contribución invaluable e inédita para este texto del profesor Mario Alberto Montoya Brand, quien también nos acompañó el día del evento.

Frente a los aportes efectuados, tengo extensas palabras de elogio —hablo realmente de los trabajos de mis colegas—, pese a que no puedo aseverar la concordancia con la totalidad de los planteamientos que se realizan, pero, ¿acaso no es ello lo que enriquece las ciencias? En este sentido, he preferido no extenderme demasiado en la presentación de éstos, y evitar realizar unas presentaciones extensas donde se puede restar el protagonismo de los autores, y donde no les da oportunidad a su debida defensa. Cada uno cuenta con posturas atrayentes.

El profesor Gaviria, pasando por percepciones históricas del iusnaturalismo, hace una defensa del aporte kelseniano a la defensa jurídica, sin que por ello omita el deber de manifestar y expresar aquellas debilidades. Indica, con la claridad que lo acostumbra —y se espera haber sido fiel a la misma en la transcripción—, la deficiencia de los dualismos que se han sostenido en el derecho, y como el propio Kelsen, hace una ruptura de ellos, sin no dejar de pecar en la manifestación de validez y eficacia y de la conocida norma fundamental. Este último será el tema escogido por el profesor Mejía, para especificar en extenso el concepto de la norma fundamental, no solamente en la figura de Kelsen, sino de autores como Hart, Luhmann, Rawls y Habermas, entre otros; que termina destacando desde una perspectiva crítica la utilidad del consenso.

En la orientación de Rawls, se encuentra el texto sobre la tolerancia, que postula afirmaciones certeras y sustentadas sobre la transformación de la teoría kelseniana a una lectura maniqueísta, para poner bajo la sombra las pretensiones ideológicas del régimen nazi. De tal manera, construye diferencias entre la concepción metodológica —propia del estudio jurídico kelseniano— y la ideológica o política, donde hay una propensión evidente de la tolerancia para la construcción de la paz, especialmente a nivel internacional. Situación que se compagina con el artículo del profesor Montoya, quien ha llevado su lectura de Kelsen a la investigación sobre el pensamiento político de dicho autor. Su texto se ha centrado particularmente en efectuar un registro acerca del lugar que ocupan la guerra y la paz en la obra del austríaco, considerada de manera panorámica. Vale destacar de dicho texto el desarrollo que efectúa del concepto de paz no como una garantía de no violencia, sino de la limitación, de cierta forma, de la

imposición de la fuerza por un ente distinto al Estado, es decir, que el Estado pacifica en tanto desarma a la población. Dicha percepción se vincula, en buena parte, con la labor jurisdiccional que se le reconoce al Estado, especialmente en aquella expresión, que personalmente me he estado replanteando en mis últimas investigaciones —dado que dudo hoy si se le deberían reconocer derechos al Estado—: *ius puniendi*. Esa posibilidad que legitima al Estado de producir ciertos actos bélicos contra los particulares en protección de bienes jurídicos, y que sólo puede estar “aceptada” en la medida que se espera rompa con los excesos ocasionados por la venganza o la justicia de propia mano, y se encuentre sujeta a un principio de legalidad estricto. Es en ese ámbito donde parece existir un fuerte vínculo con la interpretación y decisión judicial, el cual será trabajo por el profesor Bustamante.

El profesor Bustamante se concentró en el tema de la formación de las normas jurídicas como expresión de una tarea no meramente aplicativa, sino de carácter mixto: aplicación de actos generales para la creación de actos particulares. Con ello, procura una defensa de la teoría de Kelsen, sobre el juez como creador de derecho y no mero aplicador, como lo ha requerido, nuevamente para nuestro tiempo, el formalismo jurídico del maestro Eugenio Bulygin. Con lo cual me permito aludir a que, en una conjugación implícita y no solicitada, los autores consiguen aliviar esa pretensión de establecer como equivalente el legalismo con el positivismo normativo de Kelsen.

Las anteriores, entonces, se establecen como razones suficientes para leer, releer y disfrutar el presente libro; donde se exhibe un trabajo comprometido de todo un grupo de personas que por espacio no es posible nombrarlas, pero ellos saben quiénes son, y obviamente, de los autores que cedieron su contribución a la academia.

A todos ellos, un infinito sentimiento de gratitud; para los lectores, una promesa clara de toparse con un texto necesario en la formación científica del derecho, y la garantía de que Hans Kelsen y su teoría es hoy tan vigente como lo fue al momento de su publicación.

Édgar Hernán Fuentes Contreras
Director, Área de Derecho Público – Programa de Derecho
Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

La ruptura del monismo kelseniano: a propósito de la norma fundamental*

Carlos Gaviria Díaz**

Introducción

Indudablemente, cuando se pretende hablar de Hans Kelsen, la primera tesis que se debe sostener es que, como autor y jurista, encarna al teórico más importante que ha producido el derecho.

* El presente texto tiene como sustento la ponencia realizada por el profesor Carlos Gaviria para el congreso académico: Hans Kelsen: una teoría pura del derecho, celebrado el 2 de octubre de 2009, en las instalaciones de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. La ponencia fue expuesta sin la presencia de texto; por lo cual fue sujeta, en el momento de su transcripción, a adiciones, en algunas temáticas, realizadas por el profesor Édgar Hernán Fuentes Contreras, en su calidad de coordinador de la publicación –quien se responsabiliza por cualquier error existente, que no será del profesor Gaviria–. Dichas adiciones fueron observadas y verificadas por el profesor Carlos Gaviria; quien aceptó amablemente su publicación bajo la presente aclaración. La importancia de su conferencia y la temática que se desarrolla genera, sin lugar a dudas, la necesidad de su publicación, pese a que su formato no sea compatible con los demás textos. Por ello, al profesor Carlos Gaviria, los más sinceros agradecimientos y admiración.

** Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Complementó su formación jurídica en la Universidad de Harvard, como estudiante especial en las áreas de Derecho Constitucional con Paul Freund, Jurisprudencia con Lon L. Fuller y Teoría Política con Carl J. Friedrich. Fue profesor universitario, decano, director del Instituto de Ciencia Política y vicerrector de la Universidad de Antioquia y vicepresi-

Naturalmente, dicha aseveración contiene un grado de subjetividad enorme, y podría estar sujeta a corrección. Sin embargo, desde el punto de vista que se pretende presentar, es él el más grande teórico que el derecho ha producido. Título que puede serle atribuido teniendo en cuenta esa aventura hermosa que desencadenó: *la aventura de construir el derecho como ciencia*. Pero, además, no como cualquier ciencia, sino una *ciencia pura*, es decir, una teoría incontaminada que tomara en cuenta sólo los aspectos pertinentes a la construcción y disertación de un solo objeto de estudio. En este sentido, el objeto estaría enmarcado, según el autor vienes, por las normas. Con todo, no cualquier tipo de norma podría ser objeto de estudio del derecho, como ciencia, sino aquella que responde al ámbito jurídico, es decir, las normas jurídicas positiva.

La anterior limitación significa, pues, que se tenga como referente para el establecimiento de la calidad de jurídica de una norma, si éstas responden a la garantía de inclusión en un sistema jurídico determinado, y, además, que su apreciación se limite, para saber si es o no derecho, a dicha inclusión. Ello implica inmacular, volver puro al derecho. Eliminar todas adherencias provenientes de otros ámbitos y ciencias sociales, como muy a menudo sucede. En otros términos, que el derecho fuese derecho, sin apreciaciones desde la psicología, la sociología, la política y especialmente, de la ideología e incluso, de las propias ciencias naturales.

dente del Comité Regional por la Defensa de los Derechos Humanos en Antioquia. En la Rama Judicial se desempeñó como juez municipal y como magistrado de la Corte Constitucional en el período 1993-2001 y presidente de la misma en 1996. Senador de la República en el año de 2002. Candidato presidencial en el año 2006.

Tal como se manifestó con anterioridad, hay afirmaciones, ideas e, incluso, teorías que pueden ser cuestionadas en cuanto sus puntos vulnerables o deficiencias; no obstante, la actual presentación no se centra en una evaluación sobre si Hans Kelsen, tuvo o no éxito en su tarea de construcción de una ciencia jurídica, o si su teoría pura del derecho es una teoría invulnerable o no. Parece realista, afirmar que la teoría kelseniana posee muchos puntos vulnerables que dan cuenta de que el objeto jurídico señalado o identificado por Kelsen, ostenta deficiencias. Pese a ello, esos puntos vulnerables en la *Teoría pura del derecho*, no desmeritan la gran construcción intelectual *kelseniana*. Además, que ella reconstruye un momento histórico que es imposible obviar: Hago referencia a la Viena de finales del siglo XIX y primeras décadas del XX.

Dicho contexto, sirve de marco funcional para dialogar sobre las construcciones teóricas que abarcaron las más distintas áreas del conocimiento, y que sin duda es el punto de partida para pensar en la pretensión de Hans Kelsen de efectuar una ruptura del monismo, que será el contenido subsiguiente del actual texto, y, no obstante, precedente a los comentarios finales, a modo de conclusiones.

I. La Viena de entreguerras¹

Esa ciudad de Europa Central, ubicada a las orillas del río Danubio, y quien fuese una de las capitales del mundo occidental más importantes para las sociedades decimonónicas y anteriores, fue el centro cultural del mundo en el siglo XX.

1 Adicionado a la ponencia original, en buena parte, bajo las construcciones y desarrollos del texto Allan JANIK y Stephen TOULMIN, *La Viena de Wittgenstein*, Madrid, Taurus, 1957; las cuales se consideraban útiles para el desarrollo del texto.

A finales del siglo XIX, Viena existía desde un pensamiento estructural donde se catalogaba como el centro del mundo. Sin embargo, la caída del Imperio Austro-Húngaro, ocasionó que la Viena de entreguerras se reformulara con un nuevo propósito: Un propósito implícito circunscrito en toda la tarea cultural, científica y filosófica, las cuales la hacían que las producciones se observasen como dirigidas a responder y satisfacer por un solo horizonte. Es por ello, que dicha Viena, es un fenómeno muy significativo y apasionante, donde se advierte que todos los artistas, científicos y filósofos apuntan en la misma dirección, pese a que no siempre existió una retroalimentación entre ellos y que el desconocimiento de las obras de unos y de otros era latente y posible.

Aún así, Adolf Loos, en la arquitectura, Arnold Schönberg —o Schoenberg— en la música, Oskar Kokoschka —en el realismo alemán— en la pintura y en las artes plásticas, Karl Kraus en el periodismo y Hans Kelsen, desde luego, en el derecho, son sólo una muestra de la infinidad de personajes que compartirían la aspiración, en sus propuestas artísticas y/o científicas, de desligar dos mundos: el mundo de los hechos y el mundo de los valores; en términos kelsenianos, *“el mundo de lo que se puede decir y el mundo de lo que no se puede decir, el mundo de la lógica y de la ciencia, y el mundo de lo místico”*.

El asunto es que todos coincidían en su relación con Viena, y fácilmente podría cavilarse que dichas personalidades no hubiesen sido lo que fueron sino hubiese sido por Viena: la ciudad, el estilo y la idea. Ese mismo centro que les permitió a los más ilustres pensadores que vieran y vivieran el colapso total del sueño del imperio; el lugar que convocó al mundo a formular la diferencia rotunda entre el ser y el deber ser, entre la ilusión y la práctica, en-

tre la oscuridad y la luz; pero que, conjuntamente, fue el epicentro de los fenómenos intelectuales y artísticos que desencadenaría, en las primeras décadas del siglo xx, una visualización distinta de la humanidad.

Bien se cuenta que antes de la Viena de entreguerras, la ciudad podía ser vista como la ciudad de ensueños, tal como lo manifiesta Robert Musil, en *El hombre sin atributos*. Pese a ello, la grandeza de Viena y su manifestación estaba reflejada como un sinónimo cafés atrayentes, pastelerías que podían ser el deleite, de los vales de *Strauss* y de un cierto hedonismo despreocupado y omnicomprendivo. Dicha percepción se rompería con la terminación de la Primera Guerra Mundial, donde el mito de la Ciudad de Ensueños se rasga y se aprecia otra Viena que emergía de forma antónima a aquello que se soñaba. Pasa a ser una ciudad compuesta de dos caras, de dos facetas simultáneas: una de las cuales era sombría y se ocultaba tras la vida vienesa ordinaria, y que sirvió, tal como en su momento lo afirmó uno de los críticos sociales más agudos de la época, como el campo de pruebas de la destrucción del mundo.²

2 Con el advenimiento de la guerra y la caída del Imperio Austro-Húngaro, se destruyó aquel aislamiento de la realidad que el hogar burgués había pretendido proporcionar, dejando a sus moradores frente a aquellos crueles aspectos de la realidad que no estaban preparados para observar. Por ello, intentaron a toda costa crear una artificialidad de la visión burguesa que se puso en manifiesto desde distintos puntos de vista. Un ejemplo claro de ello, se hallaba en las residencias de las familias vienesas, que carentes de estilo propio, solían imitar el pasado llenando sus casas con imitaciones de arte pretérito, que ocasionaban que fácilmente se apreciaran habitaciones agobiadas con pomposos objetos de arte de los estilos más distintos y pocos relacionados entre sí. Parecía ser que las nuevas clases que aparecerían poseían una ambición descontrolada de los tiempos imponentes y grandiosos de sus predecesores que los llevaba a preferir lo complejo en vez de lo simple, lo decorativo de lo útil, dando como resultado habitaciones con un aspecto vulgar y apenas habitables. La muestra inicial de nuestras sociedades de consumo.

Era una ciudad de paradojas, en la que la sociedad veía solo aquello que quería o necesitaba; aquello que la hacía sentir como el centro del mundo. No obstante, cada situación de armonía tenía otra versión menos melodiosa, tal como lo exhiben de manera grandiosa Allan Janik y Stephen Toulmin, en su texto *La Viena de Wittgenstein*: “los amenos cafés que rodeaban las calles vienesas donde inspiraban quedarse horas y horas, sentado con sólo una taza o vaso de alguna exquisita bebida leyendo periódicos y revistas procedentes de todo el mundo, atraían enormemente a los turistas que desconocían que en el otro lado de Viena se sufría la peor crisis de falta de viviendas; y las pocas que habían eran siempre inadecuadas para la vida en ellas. Eran lúgubres e imposibles de calentar adecuadamente, lo que hacía preciso escapar de esos sucios y fríos aposentos, al calor y la animación de los ubicuos cafés. Una escasez de posadas que obligó a parte de la población femenina a caer en la prostitución a fin de tener, simplemente, un lugar donde dormir”.³

Pero al igual que ocurría con los cafés, en los más diversos aspectos de la vida cotidiana como en la música y el baile, se contaba con dos rostros. Por el ejemplo, el más conocido de los valeses vieneses, *El Danubio azul*, fue escrito a semanas de la derrota militar que Prusia infligiera en Sadowa a Austria-Hungría,⁴ que en parte sería la razón que provocaría que se terminara las pretensiones de la Casa de los Habsburgo sobre la hegemonía del mundo de lengua alemana. Análogamente, la más afortunada de las operetas de Strauss, *Die Fledermaus* –*El murciélago*–, tuvo el efecto de

3 Véase: JANIK y TOULMIN, *op. cit.*

4 *Ibid.*, p. 39.

alejarse de la memoria de los burgueses de Viena la desastrosa caída y bancarrota del mercado de valores del 9 de mayo de 1873, fecha a la que desde entonces llamarán los austriacos *Viernes Negro*.⁵

De la misma forma, acaecía con las familias vienesas que ante la sociedad eran una forma más de los “viejos días felices” pero que en realidad no era nada distinto a los matrimonios que cumplían funciones principalmente mercantiles y se alejaban de los asuntos del corazón. Para describir este aspecto de la vieja Viena se podría citar a Karl Marx cuando afirmaba que: “La burguesía había arrancado de la familia su velo sentimental, y había reducido la relación familiar a mera relación de dinero”.⁶ Nada menos se podía esperar de una sociedad que fomentaba los valores de razón, orden y progreso, perseverancia, confianza en uno mismo; en una sociedad que *pretendía* una disciplina de conformidad con las pautas del buen gusto y la buena conducta; y que se promulgaba evitar a toda costa aquello tildado como irracional, apasionado y caótico, para alcanzar como recompensa el buen nombre.

Era una sociedad tan cabalmente patriarcal que a las mujeres les tocaba cargar con la peor parte. La mayor porción de la anatomía femenina, por no decir que toda, quedaban veladas y vedadas por ropas fastidiosas que hacían imposible la tarea de vestirse sin ayuda de un asistente. De allí se explica que en su mayoría los movimientos de las mujeres eran totalmente artificiales. En cuanto a los hombres, sus problemas eran un tanto diferentes: las presunciones de que el caballero debía esperar hasta que estuviese financieramente bien colocado, generaba que buena parte de los hombres per-

5 Idem.

6 Karl MARX y Friedrich ENGELS, *El manifiesto comunista*. *Ibid.*, p. 51.

maneciesen solteros hasta la edad de veinticinco o veintiséis años, lo que ocasionaba que la virilidad social solo se reconociera varios años después de la virilidad real. Si se quería encontrar la salida sexual había por consiguiente, que volverse hacia las prostitutas, pues tener relaciones sexuales con una joven «bien criada» era desde todo punto de vista un imposible. De ahí que como sostenía Zweig: “La prostitución constituía la oscura bóveda subterránea sobre la que se levantaba la esplendorosa estructura de la sociedad de la clase media con toda su fachada radiante y sin tacha”.⁷

En consecuencia, mientras las mujeres se debían resignar a las frustraciones que podía causar la soltería, los hombres podían encontrar la salida, pero a un alto precio, ya que estaban siempre expuestos a contraer enfermedades venéreas. Por ello, también se observó como alternativa más segura para esquivar ese mundo, el hacer vida cafeteril de artista.

Así, los jóvenes se inclinaron por el arte innovador y tenía la mirada dirigida hacia delante, vinculada muchas veces con la reviviscencia del interés por el filósofo alemán del pesimismo Arthur Schopenhauer y el danés existencialista Sören Kierkegaard. Para esa nueva generación de artistas, la posición que los padres habían conseguido a causa de sus negocios significaba poco o nada. Era mejor ser fiel a la creencia de: *l'art pour l'art*. Es así como, también, se hizo congruente que, para huir del mundo de los negocios, se acudiera a los cafés, donde se hacía posible desconectarse de la realidad aburrida de los padres y se hallaban con la espontaneidad y vitalidad de una educación no memorística. Zweig decía que cuando él y sus

7 *Ibid.*, p. 57.

amigos leían los periódicos pasaban por alto la guerra de los Bóers, la guerra Ruso-Japonesa y las crisis de los Balcanes, de igual manera que despachaban la página de deportes.⁸

Mientras esa generación de estetas procuraba con su poesía un lenguaje más auténtico, un lenguaje que pudiese permitirles separarse de la camisa de fuerza que les proporcionada la sociedad burguesa, aparecerían genios que reconocieron el escapismo de los estetas.

En tal sentido, más allá de las posibilidades que ofrecía la sociedad burguesa conservadora, y las nuevas generaciones que vanagloriaban la poesía, los cafés, se hallaban en el seno de Viena –aunque no todos originarios de la ciudad⁹– una serie de personalidades que prefirió abstenerse de todo lo lujoso y del pretérito desaparecido para hacer su propia cultura, inicialmente, poco aceptada. No por mera casualidad Viena se hizo el centro de una cantidad de personajes que abrieron el pensamiento para palpar la pesadilla dentro del sueño.

La desgracia del régimen de los Habsburgo, trajo consigo, asimismo, un movimiento humano que empieza con encuentros casuales,¹⁰ en algunos casos pero no en todos, para la formación de puntos clave hacia el nuevo camino que tomarían las artes y las ciencias. No por una mera coincidencia los orígenes de la música

8 *Ibid.*

9 Freud nace en Moravia y sólo es llevado a Viena a la edad de tres años, Kraus en Bohemia, Kelsen en Praga y Loos en Brno. Wittgenstein es quien debería ser considerado el verdadero vienés.

10 Es claramente documentado las visitas del joven director de orquesta Bruno Walter y el compositor Gustav Mahler a la mansión de la familia Wittgenstein; además de que el mismo Freud interpretara los sueños de miembros de esa familia.

dodecafónica de Arnold Schönberg, de la arquitectura moderna y funcional de Otto Wagner y Adolf Loos, de la pintura no figurativa, del psicoanálisis de Sigmund Freud, de la filosofía analítica de Ludwig Wittgenstein, del positivismo de Hans Kelsen, los métodos analíticos de la termodinámica estadística de Ludwig Boltzmann, el anti-periodismo de Karl Kraus y los movimientos poéticos de Rainer Maria Rilke y Hugo von Hofmannsthal tuviesen lugar simultáneamente y estuviesen concentrados, en gran medida, en Viena.

Todos y cada una de estas personalidades antes mencionadas y aquellas que faltaron por mencionar, se vincularon con la realidad vienesa; una Viena que ya no era lo que fue y ni tampoco lo volvería a ser. Estos hombres estaban completamente seguros de ellos. Así que se dedicaron a observar lo inobservable y a decir lo que no se podía decir; no como un deleite sino por el contrario como una obligación con ellos mismos. Era quizás una responsabilidad histórica aceptada de describir el mundo y alejarse de la ficción que los vieneses insistían en vivir.

Nadie más que ellos se propusieron y lograron un cambio radical en la visualización del mundo de las cosas; una visualización que marcaba diferencias notables entre el ser y el deber ser; y que, además, rompieron los vetos de una sociedad, al hablar de lo repulsivo que se había vuelto la verdad burguesa de su tiempo.

II. La labor de Hans Kelsen

Específicamente en el derecho, Kelsen lleva a cabo esa tarea de una manera realmente magistral; por eso es, fácil, destacarlo como un productor intelectual impecable —con lo cual no se está

afirmando que soluciona impecablemente todos los problemas que aborda— que construyó una obra imposible de ser ignorada: la *Teoría pura del derecho*, que, sin duda, es el texto más apasionante y más hermoso realizado por un teórico de la ciencia jurídica, y el cual contiene la construcción de la estructura del derecho desde una condición eminentemente científica.

Una de las primeras reflexiones u observaciones que realiza Hans Kelsen, en la obra señalada, hace referencia a que toda ciencia trata de unificar su objeto, de identificarlo, incluso, simplificarlo. Al estudiar el derecho como ciencia, Kelsen descubre una característica preocupante: la “técnica jurídica” en vez de unificar su objeto trata de multiplicarlo, de duplicarlo. Es en este sentido, que una de las tareas que emprende el profesor Hans Kelsen es el formular su teoría jurídica fue lo que él llama “la superación de los dualismos jurídicos”.

Pero, ¿a qué dualismos se refería Hans Kelsen? Resulta cómodo citar algunos de ellos. Por ejemplo, se ha señalado dualismos entre derecho natural y derecho positivo; derecho subjetivo y derecho objetivo; derecho nacional y derecho internacional, y el más significativo de todos, el dualismo derecho y Estado.

Kelsen lleva a término ésta heroica tarea de supresión de los dualismos en la esfera jurídica, procurando mostrar que sí existe un único objeto de la ciencia del derecho. Dicho objeto, según la apreciación que se estima en la *Teoría pura del derecho*, no es otro que la *norma jurídica* como tal; no es posible, o, en mejor término, no es epistemológicamente aconsejable, para obtener el carácter científico, duplicar o multiplicar el objeto. Es esa la labor que emprendió Kelsen.

Al resolver el dualismo derecho natural/derecho positivo, el autor vienés construye su teoría bajo el influjo grande de la epistemología kantiana; donde del hecho no se puede exigir o seguir a un valor, es decir, del ser no se puede exigir el deber ser. Frente a ello denota que de la naturaleza –que sería el ser– no se puede inferir la justicia, como deber ser. El derecho natural es fundamentalmente, a juicio de Kelsen, una construcción que más que teórica, es una construcción ideológica que tiende a justificar o a combatir un *estado de cosas*. Dicha aseveración, puede ser sustentada en dos de las funciones que el derecho natural ha cumplido:

- 1) Durante la Revolución francesa, en 1789, triunfa el iusnaturalismo racionalista; una corriente filosófica bastante conocida y políticamente traducida en el liberalismo. De ella emana la afirmación de que la persona nace con derechos –naturales– que son inalienables y que son absolutamente intocables por el legislador o por cualquier agente de poder; derechos que se deducen a la luz de la razón. En este sentido, la postura racionalista sólo es una estrategia de convicción hacia la postura liberal y justificante de un cierre de capítulo si del *Ancien Régime* –Antiguo Régimen– se trata.
- 2) Claro está que la anterior es apenas una de las modalidades del Iusnaturalismo; hay otras que deducen o afirman más bien que en la naturaleza física ya hay pautas de conducta que sirven como estructura para la formulación de las políticas y normas de las organizaciones sociales. Por ejemplo, la sofística griega señala que en el mundo natural existen pautas de conducta naturalmente perfectas que deben ser traducidas

e impuestas como las reglas de conducta por parte de los gobernantes. Es bajo dicho argumento, que se podría justificar la existencia de diferencias sociales y fenómenos como la esclavitud, dado que naturalmente y físicamente los hombres no son iguales, tal como nos esbozó Platón, poniendo palabras en la boca de Protágoras, y, posteriormente, en la producción y afirmaciones propias de aristotélicas. Esas presentaciones serían aplicadas, de tal forma, por Pericles y las Asambleas donde participan los ciudadanos atenienses.

Ese modelo iusnaturalista de corte aristotélico tiende a observar que aquello que se compagina con la física —es decir, aquello que está de acuerdo con la naturaleza— es lo correcto, es lo bueno.

Pese al valor histórico que pueden tener los mencionados aportes, debe ponerse de presente la gran subjetividad que hay en la interpretación de la naturaleza, o *¿quién puede decir de manera contundente qué le corresponde a cada cuál?* Es esa subjetividad que hace parecer dichas percepciones contradictorias, porque se interpretan ordinariamente los objetos culturales y se trata a la naturaleza entonces como si fuera un objeto cultural y se le interpreta erróneamente; entonces, cabe plantearse: *¿qué es lo que dicta la naturaleza: la igualdad o la desigualdad?*

Bajo este esquema argumentativo no es posible llegar a una conclusión en beneficio de una u otra tesis, sino que se puede afirmar, desde el punto de vista personal, frente a cual existe la más mínima preferencia de cada uno: *si lo mejor es deducir de la naturaleza igualdades para que el sistema sea democrático, o inferir desigualdades para que el sistema sea autoritario.*

En consecuencia, parece demostrado que entender que en la naturaleza física ya hay reglas de conducta es bastante problemático y sobre todo conduce a lo que se llama una gran falacia, es decir, una dificultad lógicamente insoluble, dado que existen tan buenas razones para afirmar que la naturaleza presenta igualdades o para afirmar que hay desigualdades. El problema está en saber que debe prevalecer si la igualdad o la desigualdad en el momento de formular las normas positivas que han de regir la comunidad. Este es un ejemplo de lo que se llama el derecho natural cosmológico, ósea aquel que asegura que antes de que el legislador legisle ya tiene un modelo que no puede transgredir; un modelo que está en la naturaleza física, pero que, por las circunstancias que se han puesto de presente, no es unívoca la conclusión que pueda derivarse a partir de la observación de la naturaleza física.

Luego existe un derecho natural teológico, que florece especialmente en la Edad Media, durante la famosa disputa entre Tomás de Aquino y Juan Escoto Erígena. Santo Tomás de Aquino es aristotélico y afirma la existencia de leyes eternas, que la razón humana descubre o que la revelación también trae a la mente humana y por tanto, es partidario de la sumisión del legislador a estas reglas derivadas de la ley eterna. En cambio, Escoto considera que la ley no es asunto de conocimiento sino de voluntad, no atañe a la razón sino al querer, es decir, que la ley es un mandato y el mandato final es el mandato divino. Esta última teoría –absolutamente divinista– es una filosofía apasionante; para Escoto la única pauta es lo que Dios ha establecido y lo ha establecido porque él es infinitamente bueno, infinitamente poderoso e infinitamente sabio. El ser humano (carente de estas cualidades) no puede poner

en tela de juicio lo que Dios ha mandado. Entonces, a preguntas como *¿Dios podría mandar como bueno el homicidio?* Santo Tomás afirma que no sería posible, en cambio otros que dicen que sí es posible y cita el caso de cuando Dios le mando a Abraham que diera muerte a su hijo Isaac, e infiere de él que en ese momento se puede dar muerte a otro ser, porque Dios así lo había mandado. Santo Tomás aplica la misma fórmula tratándose del adulterio, no perverso per se, sino malo porque está prohibido; prohibición que tiene su excepción en el mandato de Dios a Abraham a unirse con su esclava Agar en vista de la poca fertilidad de Sara, su esposa, con el objeto de lograr que éste tuviera hijos.

En última instancia, esto no es más que una breve exposición de la disputa teleológica que se presento en el derecho natural, lógicamente insoluble. Cualquiera puede quedarse únicamente con las conclusiones de Escoto o con las conclusiones de Santo Tomás, de acuerdo con sus preferencias, más no porque el uno argumente válidamente mientras el otro no.

Conjuntamente con las anteriores exposiciones el derecho natural, también cuenta con una manifestación antropológica de dicho derecho. Sin necesidad alguna de remontarse a la Ilustración Griega sería mejor realzar dos teorías modernas, ya en los siglos XVII y XVIII, cuyos progenitores fueron Thomas Hobbes y Juan Jacobo Rousseau, respectivamente.

El único autor iusnaturalista que considera a la criatura humana como perversa, por naturaleza, es Thomas Hobbes. Para él no hay nada peor que vivir en el *estado de naturaleza* porque las personas nacen egoístas, con instintos malos, perversos, de destrucción, de arrebatarse al otro lo que es suyo. Por ende, con el fin

de dejar atrás ese estado, se hace conveniente entregar esas libertades a un soberano que las maneje (el Leviatán) y garantice la posibilidad de subsistir, en esa situación; para ello, podría conducir sus fuerzas a hacer efectivas las leyes naturales. En consecuencia, puede llegar a creerse que la solución al estado de naturaleza, es un gobierno muy fuerte, incluso, autoritario.

Por su parte, Rousseau, aunque basado en la naturaleza humana, la interpreta de manera distinta: el hombre es bueno por naturaleza y es la sociedad la que lo pervierte; el hombre es conocido como pervertido porque la sociedad lo ha encadenado. Con la idea de solucionar dicha situación el autor nacido en Ginebra, propone que se hace imperativo recuperar la libertad originaria; lo que es posible, únicamente, mediante un sistema amable, como el sistema democrático.

Evidentemente, el derecho natural de Hobbes es totalmente opuesto al derecho natural de Rousseau, es imposible lógicamente decidir cuál de los dos tiene razón, la pregunta es hasta impertinente. Lo único que se puede preguntar con acierto es *¿cuál es la de mayor preferencia: el iusnaturalismo de Rousseau o el de Hobbes?* Retroactivamente hablando, a título personal, observó como más validos los elementos expuestos por Rousseau, dado que ellos representan una gran utilidad para justificar mi posición democrática frente al mundo actual.

Desde toda esta perspectiva, la crítica kelseniana al derecho natural se encamina a imponer una visión como cierta, y desconocer que el derecho positivo puede ser observado desde dos instancias: una de contenido moral, no interesante para la ciencia jurídica y otro eminentemente jurídico, que es el objeto de la ciencia. Es ese último contenido el que hace distinto a las normas jurídicas

frente a las normas meramente morales y normas de otro tipo, como por ejemplo las religiosas.

En consecuencia, la aplicación de la norma jurídica implica un acto de positivización de esa primera instancia, de manera tal que si todos aceptan que existen normas aprehendidas mediante la razón, conocidas como buenas y por ende, dignas de ser acatadas, dicho reconocimiento representa el estado primero de positivización de la norma.

Además de dicho primer proceso, y en ocasión a que suelen surgir disputas sobre la interpretación de las normas positivas, existe el juez que concluye las disputas que se ocasionan y brinda como resultado una creación humana (una sentencia) que a su vez es un acto de derecho positivo.

Siguiendo este orden de ideas, Kelsen afirma la inamovible vocación dirigida a la positivización del derecho; aún si se admitiese la existencia de un ordenamiento natural que todos conocen y que todos distinguen como bueno, de cualquier manera, ese “*presunto*” derecho natural tenderá a ser positivo por la intervención humana en su interpretación —inevitable—, y lo cual le otorgará a éste el carácter de derecho racional.

En la búsqueda de la solución a los dualismos del derecho, surge el «Ensayo sobre el derecho natural», texto en donde se sintetiza la fórmula kelseniana sobre dicha cuestión, y se pasará a revisar.

III. Ruptura de los dualismos

En cuanto a la disolución del dualismo *derecho natural/derecho positivo*, se termina por afirmar que tal derecho natural no existe

pues, como se demostró en el párrafo precedente, las dinámicas propias del derecho evidencian su vocación hacia la positivización; y en caso de que el derecho natural fuese el objeto de consideración de la ciencia jurídica, ésta no podría identificar su ocupación: la norma natural es, sin duda, difusa y vaga, a diferencia de la norma positiva que es, realmente, identificable –aunque interpretable en el caso concreto–.

Otro de los dualismos que se intenta superar es el dualismo *derecho objetivo/ derecho subjetivo*. El derecho objetivo es la norma jurídica, en palabras de Kelsen, es el objeto por excelencia o el objeto exclusivo de la ciencia del derecho. Siguiendo los postulados de este autor positivista, el derecho subjetivo antropomorfiza el derecho objetivo, debido a que la norma jurídica se duplica dándole aspecto de persona humana. Un ejemplo para dicha acción se presenta en la interpretación que se hace al derecho de propiedad, pues se atiende a las potestades del propietario de un bien (el usa, goza y dispone de este). En este caso se hace referencia a la norma misma, pero, desde el punto de vista de la persona que se beneficia con lo que la norma ha dispuesto; por tanto, ese derecho subjetivo no es más que una consecuencia normativa y no es –según Kelsen– legítimo. En conclusión el derecho objetivo subsume al derecho subjetivo por no ser más que una consecuencia de este.

Resueltos esos dualismos endógenos del derecho se pone como tema a evaluar por Kelsen las esferas Nacionales frente a las Internacionales, concretamente, el dualismo *derecho nacional/ derecho internacional*. En este aspecto, es innegable la existencia de un derecho nacional y de uno internacional. El primero, un derecho que rige en el ámbito interno –hacia adentro–, que es establecido

por las autoridades estatales para los que se consideran súbditos de ese Estado, y, el segundo un derecho rector de las relaciones entre los Estados –sin desconocer en esta afirmación que actualmente se alude es a los sujetos de derecho internacional, dado que no son estos de manera exclusiva a los Estados—. Con todo, uno de los conflictos que propone dicho dualismo es cuál de estos derechos debe prevalecer *¿Se puede reducir el derecho nacional al derecho internacional o viceversa? ¿De qué modo?*

Una forma de resolver este cuestionamiento es explicando la existencia del derecho internacional como una formalización de la aspiración de convivencia de los Estados; frente a la cual parece conveniente el establecimiento de una norma que rij a todos los ordenamientos jurídicos internos; sin embargo, ha de observarse que el nacimiento de dicho regimiento está precedido de un consenso de las voluntades soberanas al interior de cada uno de ellos. Entonces, de acuerdo con lo anterior, el derecho internacional tiene su origen en el derecho nacional y se resuelve finalmente en el derecho nacional. De manera tal que ha de prevalecer el nacional.

No obstante, existe otra posible explicación al resolver el dualismo en cuestión. Ella es el reconocimiento de que existen normas que vinculan a todos los Estados, las cuales generan mandatos sobre estos y por tanto, aquellos no son más que instancias delegadas por el propio derecho internacional para que gobiernen dentro de un determinado territorio. Cualquiera de las opciones es completamente válida.

A propósito, Kelsen, hace una bella analogía con el paradigma Copernicano y el paradigma Tolemaico: Durante mucho tiempo se trabajó la física celeste y astronomía bajo el paradigma

Tolemaico, según el cual, el sol gira alrededor de la tierra. Pero, en el renacimiento Copérnico volteó las cosas, al decir que es la tierra la que gira alrededor del sol y entonces, el paradigma copernicano supero al tolemaico. Asimismo, con el surgimiento de la teoría de la relatividad de Einstein, se vuelve a examinar la concepción al respecto estableciendo que si el movimiento es siempre el movimiento del cuerpo en relación con otro, da lo mismo afirmar que la tierra gira alrededor del sol o que el sol gira alrededor de la tierra. De tal modo, no es Copérnico el triunfador frente a Tolomeo; sino que desde el punto de vista pragmático y útil es mucho más fácil hacer cálculos astronómicos y de física celeste tomando como base el paradigma copernicano que el paradigma tolemaico. Lo mismo puede decirse entonces del derecho nacional o del derecho internacional; pese a que aún todavía se discute alrededor de la prevalencia del derecho nacional sobre el derecho internacional, parece claro afirmar que pese a los posibles enfrentamientos que existen entre disposiciones de derecho positivo internacional y nacional, su incorporación o prevalencia, pueden ser resumidas en el fenómeno de que las normas positivas internacionales no pueden afectar la soberanía y autodeterminación de los Estados y de aquello que señala la Constitución, en garantía de los seres humanos.

Es así como para Kelsen no hay más que un derecho. Afirmación que se vincula con su esfuerzo por crear la ciencia jurídica, es decir, una estudio científico con objeto único del cual se ocupa el derecho: así cuando surge la pregunta de que se ocupa la biología y la respuesta es del ser vivo, cuando existe la pregunta de que se ocupa el derecho su respuesta no es de las facultades, de las obligaciones, de los deberes que emanan de Dios, de los deberes

que emanan de la naturaleza física o de la naturaleza humana, sino, de la norma y la norma para Kelsen no es otra que la norma positiva que es la única que puede identificarse epistemológicamente como un objeto de estudio de los juristas o de los abogados.

Si bien, los dualismos del derecho son muchos más, como por ejemplo: derecho procesal/derecho sustantivo, derecho real/derecho personal, entre otros, existe uno, del cual me quiero ocupar, el cual Kelsen se dedicó a disolver con ahínco, de una manera bastante sutil y bastante provocativa, desde el punto de vista teórico con un análisis lógico: el dualismo del *derecho* y el *Estado*. Éste que realmente no existe, y procurare demostrarlo, siguiendo las apreciaciones de Kelsen. Ese dualismo es un falso dualismo, dado que no existe más que el derecho y por ende, la teoría del Estado puede reducirse a la teoría del derecho. La primera se ocupa de los elementos constitutivos del Estado, el territorio, la población y el poder; pero *¿acaso el derecho no hace lo mismo?* Veamos: Frente al primer elemento, Kelsen se cuestiona *¿en qué ámbito espacial rige la norma?* En el territorio. Sobre la población, se indaga *¿para quienes rige esta norma?* Entonces, para ello se debe determinar cuál es el ámbito personal de validez de la norma; lo cual en el fondo, no es más de lo que trata la teoría del Estado respecto al elemento humano. Finalmente, el poder es para Kelsen la validez en sí de la norma, y la validez para él, es un concepto un tanto sorprendente del que Kelsen, dada su rigurosidad y su afición por las definiciones claras y precisas, nos emite dos definiciones de validez:

- La validez es el modo específico de ser de la norma y por tanto, toda norma con el hecho de ser es válida, y la otra,

- La validez es la conformidad de una norma inferior con una norma superior dentro del concepto del ordenamiento jurídico que es un ordenamiento o un sistema jerarquizado de normas.

En consecuencia, en un contexto determinado como el colombiano, se indaga *¿para quién la norma rige?* La respuesta será para los colombianos o los que viven en Colombia, lo cual determina el ámbito personal de validez de la norma y preguntándose como fijar ese cuerpo que es la comunidad que está sometida al derecho, es establecer *¿en qué ámbito geográfico rige la norma?* La respuesta es en este territorio, el colombiano. Entonces hay una versión jurídica de las que los tratadistas en el Estado conocen como los elementos del Estado. En último lugar, el asunto del poder, es la capacidad de dar normas y por eso el dice la validez en sí de la norma.

Pese a toda la exposición anterior, se debe reconocer que el propio Kelsen introduce dos dualismos. La cuestión es hasta qué punto esos dualismos que produce son validos y si se los hubiera podido ahorrar haciendo parecer su teoría mucho más consistente con su propósito de producir el objeto jurídico filosófico. Esos dos dualismos son la validez y eficacia, dos conceptos que traspasan toda la teoría jurídica; y el relacionado con la *norma fundamental*.

¿Cómo se distingue la validez de la eficacia? Mientras la validez, de acuerdo con la segunda definición citada unos párrafos atrás, consiste en la conformidad, en la armonía de una norma inferior con una norma superior; la eficacia es la confrontación entre la norma y la realidad social que trata de regular, entonces, en la medida que

la realidad social se ajusta a lo que la norma pretende aquella es eficaz y cuando no lo logra esa norma es ineficaz. Kelsen dice es ineficaz pero válida siempre que ha sido establecida siguiendo el procedimiento establecido por la norma superior, ósea, existirá como norma aún cuando no logre su cometido de conformar la realidad de acuerdo con los propósitos del legislador.

En un ordenamiento jurídico existen muchas normas válidas, y algunas aunque siendo válidas no son eficaces; por ejemplo, el contrato de sponsales, de acuerdo con el cual una persona le promete a otra que se va casar con ella y en caso de que no se case con ella debe indemnizarla de una determinada manera. Norma evidentemente ineficaz, o por lo menos, en el ámbito de Colombia. Dicha ineficacia se explica por su procedencia: la misma fue instaurada cuando ostentaba una gran relevancia para el conglomerado social, y así lo rescató el ordenamiento; en la actualidad se carece de ello. Conjunto a ello, la anterior es una norma meramente facultativa. Sin embargo, hay normas punitivas y normas sancionatorias que son también ineficaces. En Colombia, por ejemplo, existen disposiciones del derecho penal que no se cumplen, las personas no ajustan a ellas su conducta y no son sancionadas, ése es el fenómeno de la impunidad. Una norma podría tener eficacia de dos maneras: porque sea suficientemente motivante como para que la gente no incumpla el deber jurídico que ella fijó, o, porque no es suficientemente motivante para que cada vez que es transgredida los jueces extraigan de ella la consecuencia jurídica que la norma determina, y, por ende, no impongan la sanción. Para Kelsen es válido ese dualismo y hay que mantenerlo en pie al ser útil dentro de la teoría jurídica.

Con todo, es muy importante la lectura de una obra de Alf Ross, del derecho empirista, contenedora de varios ensayos sobre ese asunto: uno se encuentra en un libro que se llama *Sobre el concepto de validez y otros ensayos*, y otro en un libro extenso que se llama *Hacia una ciencia realista del derecho*, donde muestra a Kelsen tajante y metafísico, tributario del positivismo lógico que floreció precisamente en la Viena de entreguerras. Kelsen mantiene un concepto que para Ross es meramente metafísico como es el concepto de validez; y afirma que el concepto de validez debería de desaparecer del derecho y estar únicamente la eficacia ósea las normas jurídicas adquiridas que aplican los tribunales.

El segundo de los dualismos kelsenianos introducido, se vincula con el asunto de la norma fundamental de todo Estado (*Grundnorm*). Es claro que, para Kelsen, las instancias, los estratos constitutivos del ordenamiento jurídico están determinados por la Constitución. La ley, las decisiones administrativas, los actos jurídicos de los particulares como los contratos y los testamentos, las decisiones de los jueces y los actos meramente ejecutivos de los inspectores de policía, los de las autoridades de policía que simplemente materializan la orden de un juez, ostentan validez en ocasión a la existencia de una norma de superior jerarquía —tomando como punto de referencia el concepto de validez de acuerdo con el cual una norma es válida cuando se ajusta a la que la precede jerárquicamente—. De este modo, cuando un juez procede o un funcionario de policía procede dentro de un juicio de lanzamiento material a sacar los enseres que una persona tiene dentro de una casa y a tirarlos a la calle —el cual puede ser un acto violento, retorcido igual a los actos de un bandido— está justifica-

do, legitimado, validado por una decisión judicial; pero esa decisión judicial tiene lugar porque la norma la autoriza. Es así como resulta válida porque la norma es legal por haberse consignado en el Código Civil y en el Código Procesal. Luego, se podría indagar: *¿esa ley que hizo el legislador es válida?* La respuesta sería similar: claro, porque el legislador está facultado por el constituyente para obrar de esa manera; pero aquí viene el punto crítico, *¿la Constitución es válida?* entonces ese es el punto más vulnerable de la Teoría Pura y que da lugar a discusiones apasionantes.

Kelsen habla de una Constitución en sentido Lógico-jurídico y una en sentido Jurídico-Positivo. Cuando se examina si la Constitución es válida, es decir, si es válido ese documento, y que en algunos Estados, se funge con la costumbre, que se conoce la Constitución, se está explorando la validez de la Constitución en sentido Jurídico-Positivo que encuentra su sustento en la Constitución en sentido Lógico-Jurídico.

Pero *¿qué es la Constitución en sentido lógico-jurídico?* Es una creación kelseniana de acuerdo con la cual debe tenerse como válido lo que el Constituyente establezca. Esa formulación la hace Kelsen para mantener en su integridad un postulado epistemológico del que él parte: el postulado de que de los hechos no se pueden exigir valores y que, por tanto, del ser no se exige el deber ser; sólo que éste que es el punto de partida de la *teoría pura*, se contamina dado que el sustento de la Constitución termina siendo de manera necesaria e inevitable una referencia al ser. Kelsen presenta esta referencia de los hechos de manera normativa. Explicó: *Si no existiera ese prejuicio epistemológico de que del ser no se exige el deber ser, nosotros diríamos la Constitución hay que obedecerla; debe ser obedecida porque él que*

la dictó tiene suficiente poder para hacerse obedecer pero entonces se deriva en la obligación un deber ser de un hecho: la fuerza del constituyente. Kelsen lo evita mediante un artificio inteligente pero ese artificio, presentado en lenguaje normativo, dice que hay que asumir un postulado previo, una especie de condición *a priori* del conocimiento —reflejo del aporte kantiano vivo que está extendido a través de toda la *Teoría pura del derecho*— que dirá o más bien, un postulado lógico que determina que todo lo que el Constituyente dice debe ser obedecido. Ella es la interpretación fáctica desde un punto de vista empirista, la cual Kelsen expresa amablemente, mediante la creación de esa instancia dualista de la Constitución. Con ello, tienen ustedes a un Kelsen dualista que en el fondo era un enemigo y adversario epistemológico de dicha tendencia, pero aquí creando un dualismo mismo, que bien puede tildarse de innecesario.

Es acertado preguntarse si una ley en específico es válida. Dado que la respuesta es que ella será válida si está conforme a la Constitución, pero cuando nos preguntamos si la Constitución es válida, parece una pregunta innecesaria. En esto, tengo que poner de presente brillantemente a Herbert Lionel Adolphus Hart en su libro *El concepto de derecho*, quien afirma que lo cierto es que la pregunta sobre la validez de la Constitución es impertinente: *una pregunta que no tiene respuesta, implica que la impertinente es la pregunta.* Aquí pudiéramos decir, que Kelsen se está preguntando algo impertinente: *¿es la Constitución válida?* Hart apela a lo siguiente, que si se dice que en el museo del Hombre en París existe una varillita de platino que es el patrón del sistema métrico decimal, y pues, todos los que estén de acuerdo con esa varilla ostentan la medida de un metro, porque precisamente llamamos a ello un metro, no

tendría sentido cuestionarnos como se sabe que la varilla sí tiene el metro, debido a que es ella el patrón de medida. Por ende, con ese ejemplo ingenioso, y crítico, se puede aseverar que no tendría pertinencia preguntarnos si la Constitución es válida; o, en su defecto, tendría pertinencia únicamente desde un punto de vista Iusnaturalista –que Kelsen sistemáticamente excluye–, preguntándonos sobre si satisface ciertos criterios de Justicia. Pero ya nos encontraríamos en un ejercicio extra sistemático, es decir, por fuera del derecho y Kelsen advertía que estaba por fuera ese tipo de ejercicios el asunto de la ciencia jurídica.

Conclusiones

Después de la exposición efectuada, resulta bastante fácil y apropiado acentuar el valor que ostenta el profesor Hans Kelsen para la construcción de la ciencia jurídica contemporánea. Su persistencia en la búsqueda de la ruptura dualista y de las manifestaciones que ofrecían las tendencias que daban por sentada dicha apreciación y que, por demás, se había impuesto del derecho,¹¹ exhiben un trabajo extraordinario y como tal ha sido apreciado por los teóricos del derecho, y que aún hoy se impone como punto de partida de las discusiones filosóficas y teóricas que le incumben al derecho.

Kelsen, tal como lo manifesté al inicio de mi intervención, es como autor y como jurista, la personificación del teórico más importante que ha producido el derecho. Su labor condensación e

11 Pese a las formulaciones presentadas hacia el final del actual trabajo, que en realidad en nada desmerita el intento riguroso y valioso para la evolución de la ciencia normativa, que proporcionó Hans Kelsen.

inmaculación son humanamente imposibles de ser descartadas de primera mano, en una discusión seria y comprometida en lo que al derecho corresponde. Por ello, su estudio es más que una mera contingencia. Es una obligación.

Quisiera para terminar, y en honor a la brevedad, aseverar un aspecto importante en el estudio que se debe efectuar de las teorías: Ellas incumben y responden a un contexto histórico determinado. Es allí la importancia de la lectura de los autores observando como referencia ese preciso contexto. Es así como Kelsen y su obra, de acuerdo a lo manifestado, no son más que muestras de las circunstancias vienesas de la época, de la Viena de entreguerras, de esa Viena que distanció el ser y el deber ser y que se convirtió en punto de referencia para la postmodernidad. Kelsen y su obra son una confirmación de la famosa frase de Ortega y Gasset: *“Yo soy yo y mi circunstancia”*.

La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen*

Mario Alberto Montoya Brand**

Hay verdades tan evidentes por sí mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo; pues no es posible un progreso social esencial mientras no se cree una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones de esta Tierra.

Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho*

* El presente texto es resultado parcial de la investigación titulada *La terminología política de Hans Kelsen, Fase 1*, desarrollada durante el año 2009, que ha contado con el apoyo de la Universidad Eafit, y cuyo objetivo principal es ofrecer una perspectiva panorámica de la obra del jurista austriaco acerca de algunos términos claves para la teoría y la filosofía políticas. Agradezco especialmente la valiosa lectura de mi compañera de investigación Nataly Montoya, así como también la revisión efectuada por la profesora Ana Victoria Vásquez.

** Abogado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Ciencias Políticas del Instituto de Estudios Políticos de Universidad de Antioquia. Magíster en Filosofía Política de la Universidad Autónoma de Barcelona. Doctor en Derecho Público de la misma Universidad. Profesor investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. Director del Área de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la misma universidad. mbrand@eafit.edu.co.

Introducción

El epígrafe de este artículo es concluyente y no deja duda sobre lo que Hans Kelsen pensó acerca del derecho, la política, la guerra y la paz. No es, pues, un misterio el que impulsa este trabajo, sino el interés por conocer las reflexiones que llevaron al gran clásico a formular tal perspectiva y a darle un lugar dentro de su *Teoría pura del derecho* (TPD) y su *Teoría general del Estado* (TGE).

El problema de la guerra y las posibilidades de alcanzar la paz son dos de los asuntos que más hondamente preocuparon a Kelsen a lo largo de su vida. Su obra da fe de ello,¹ no sólo por las numerosas publicaciones relativas al periodo de la segunda guerra mundial —que suelen ser las más estudiadas al respecto—, sino porque ya algunos de sus principales textos, escritos casi todas ellos con posterioridad a la primera guerra mundial, ofrecían los trazos claves acerca de la relación entre el derecho, la política, la guerra y la paz.²

La obra de Kelsen no careció de un referente directo, pues la primera guerra mundial le tomó cuando desempeñaba un cargo

1 Dos escritos autobiográficos permiten entender la importancia de las dos guerras mundiales en la vida personal y académica de Kelsen, son ellos su «Autopresentación», escrita en 1927, y su *Autobiografía*, escrita en 1947. Al efecto, véase *Autobiografía* (1927, 1947), editada por Matthias Jestaedt y traducida y presentada por Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia con la colaboración del Instituto Hans Kelsen, 2008, 178 pp.

2 Sobre este punto comentan Massimo La Torre y Cristina García que “lo bien cierto es que Kelsen sostiene en *La paz por medio del derecho*, si bien con mayor vehemencia, propuestas teóricas que ya con anterioridad había sostenido y a las que seguirá apegado años más tarde”. Cfr. Massimo La Torre y Cristina García Pascual. «La utopía realista de Hans Kelsen». Introducción al texto de Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho* (1944), traducción de Luis Echávarri y presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2008, p. 19.

administrativo en el Ministerio de Guerra del Imperio Austro-Húngaro, en el cual se desempeñaba como consejero del ministro de guerra, y llegó incluso a presentar personalmente informes al Emperador.³ Este periodo concluyó con la disolución del imperio al finalizar la guerra. La segunda guerra mundial trajo consigo momentos verdaderamente tenebrosos para Kelsen, pues fue objeto de diversas persecuciones por parte de los nazis en razón de su origen judío, traicionado por varios de sus colegas, y finalmente se exilió con algo de suerte en los Estados Unidos.⁴ Desde allí, observó el surgimiento y la peligrosa escalada de la guerra fría.

Una preocupación tan profunda y dilatada se proyectó en sus publicaciones de manera puntual como apartes en sus teorías generales, y en artículos o recopilaciones de artículos, para dar tratamiento directo y extenso a tales asuntos.⁵ Es por ello que los estudios temáticos respecto del pensamiento de Kelsen deberían considerar dentro de lo posible el mayor número de sus escritos pertinentes, y no circunscribirse a un único texto. De acuerdo con los propósitos de este trabajo, la perspectiva panorámica permite explorar los diferentes campos en los cuales los temas de la guerra y la paz cobraron relevancia, así como también las relaciones que estos asuntos guardaron con cuestiones menos examinadas y sin embargo próximas, tales como las revoluciones, el nacimiento y la muerte de los Estados, el orden, el desorden, la anarquía, los modelos de gobierno autoritarios y democráticos; o también, algunos

3 *Autobiografía, op. cit.*, pp. 93-111.

4 *Ibid.*, pp. 150-173.

5 Se sugiere al lector consultar al respecto las obras incluidas en la bibliografía al final de este artículo.

aspectos religiosos o psicológicos por los cuales transitó el clásico estudiado para componer su perspectiva sobre el tema.

Las posiciones de Kelsen fueron objeto de numerosas críticas y ácidos comentarios, por ejemplo, cabe recordar sus debates con Gustav Radbruch, acerca de la legalidad del derecho nazi, o con Carl Schmitt, respecto de la relación entre derecho, orden concreto y decisión; y las observaciones y comentarios que objetan algunas de sus afirmaciones desarrolladas por autores renombrados, tales como Norberto Bobbio, Danilo Zolo, Stanley Paulson, Massimo La Torre y Cristina García. No es el objeto de este texto hacer alguna revisión de estas lecturas críticas, cada una de las cuales desbordaría los propósitos de este escrito, sino circunscribirse a los alcances de la obra publicada por Kelsen.

Lo que se busca con este artículo es presentar una perspectiva expositiva y panorámica, pues el trabajo de investigación que genera este texto ha encontrado una enorme riqueza en la mirada global antes que en el interés por lo puntual. Además, es bueno advertir que aquí la aproximación cronológica no es central, pues más allá de las vicisitudes históricas experimentadas por el autor, lo esencial de sus posiciones científicas sobre la guerra, la paz, la política y el derecho, apenas fue retocado a lo largo de su producción.

Aunque después de 1989 la amenaza de una tercera guerra mundial ha disminuido notablemente, la guerra en sus más diversas expresiones sigue siendo un acontecimiento vigente dentro de los Estados y en el orden internacional, según adquiere modalidades como la guerra contra el terrorismo, la guerra preventiva, las llamadas nuevas guerras, entre otras. La fórmula kelseniana

de tratar la guerra internacional mediante la creación, primero, de una corte internacional, y luego, de un poder ejecutivo y uno legislativo globales, así como sus consideraciones relativas al tratamiento de los conflictos intraestatales, siguen siendo de gran relevancia hoy, pues ninguna de sus propuestas ha sido plenamente aplicada, y sin embargo, gozan de un cierto realismo,⁶ apoyado en argumentos más que respetables. Lo más interesante de las soluciones propuestas por Kelsen es que consultan rigurosamente los valores modernos, hoy abandonados por la creación de enemigos absolutos y de globalismos amenazantes.

Cabe decir adicionalmente, que el concepto de guerra que aquí se usa es amplio, en la medida en que no solo remite a la confrontación armada internacional, sino a los conflictos armados internos, y conecta con otras expresiones menos claras como la violencia, el desorden y la anarquía. Ningún teórico del derecho –salvo, en parte, Carl Schmitt y Norberto Bobbio– toca estos temas de tanto valor en la política, pues lo frecuente es que luego

6 La intensidad de su compromiso y su talante realista, pueden sopesarse en esta transcripción: “Quien, no como estadista activo sino como un simple escritor, trata de cumplir su deber en el esfuerzo por conseguir la paz mundial no es menos responsable que aquél. Para no comprometer el gran ideal debe acomodar sus postulados a lo que es políticamente posible, es decir, no a lo que era ayer posible y, en consecuencia, es hoy real; Dios sabe que eso es muy poco. Su plan no debe apuntar a un objetivo que, en todo caso, sólo puede ser alcanzado en un futuro distante; eso es quimérico y, por lo tanto, menos que nada políticamente. Un escritor consciente debe dirigir sus sugerencias hacia lo que, después de un cuidadoso examen de la realidad política, puede ser considerado posible el día de mañana, aunque quizá no parezca posible hoy mismo. De otro modo no habría esperanza de progreso. Su plan debe involucrar no una revolución en las relaciones internacionales, sino una reforma de las mismas mediante la mejora de la técnica social que prevalece en ese campo [el derecho internacional]”. Cfr. Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho* (1944), traducción de Luis Echávarri y presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2008, p. 36.

del debate Hart/Dworkin estos temas sean abandonados en la búsqueda de la gaseosa teoría de la justicia y una constelación de disquisiciones constitucionales que han terminado por desplazar a la teoría del derecho y la teoría del Estado.

La investigación que propicia la publicación de este artículo no se desarrolla por exclusivo placer académico, sino que en el fondo obedece a la necesidad de revisar con mucho cuidado a los clásicos del derecho y la política, con la intención de adquirir los elementos que permitan pensar las relaciones entre el derecho, la paz, la política y la guerra, de cara a Colombia, un país en el cual la guerra interna persiste y las salidas pacíficas al conflicto armado cada vez se encuentran más desacreditadas.

La obra kelseniana quizá permita retomar con perspectivas no ensayadas ciertas preguntas del orden nacional: ¿la paz se debe alcanzar por medio de la fuerza o por medio del derecho?, ¿es posible lograr el monopolio de los recursos bélicos en Colombia?, ¿es eficaz y válido el derecho del Estado colombiano?, ¿coexiste el orden estatal con otros órdenes alternos, paralelos, contrapuestos o –paradójicamente– anárquicos?, ¿el derecho promueve la guerra en Colombia?, ¿somos los colombianos violentos *por naturaleza*?, ¿el debate acerca de asuntos económicos, la discusión relativa al mejor tipo de régimen político, la disputa sobre la justicia social, entre otras, debe aplazarse para después de que se resuelva el problema de la guerra?, ¿una paz sin justicia social es viable?

Desde luego que estas preguntas no se abordan en este artículo, pero un lector atento puede encontrar ecos inspiradores de respuestas que en nuestro país apenas se han considerado y mucho menos ensayado.

1. La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen

Kelsen nunca se dio a la tarea de escribir algo así como una teoría de la guerra y la paz, sino que sus reflexiones se desarrollaron como parte de sus teorías generales y como aplicación de las mismas al pensar algunos aspectos de la guerra, particularmente la guerra internacional.

El lugar que ocupan la guerra y la paz en las teorías generales formuladas por Kelsen es transversal, pues conectan el derecho con la política y la teoría pura del derecho con la teoría general del Estado. Ello es comprensible si se toma en consideración que la guerra y la paz son elementos claves que tienen presencia en el origen mismo del derecho y del Estado, en el tránsito de un modelo de orden político a otro, en la muerte de los Estados, en las razones acerca de la obediencia que se debe al derecho. Más allá del reclamo de pureza de su teoría del derecho,⁷ el tema de la guerra le resulta en cierto sentido inseparable, y ello sin contradicción, como podrá entenderse. Es por todo lo anterior que no cabe razón alguna a quienes suelen ver en Kelsen a un autor formalista, distante de la realidad, desentendido en sus formulaciones teóricas y en su vivencia cotidiana de los problemas críticos de su época. Por el contrario, su abordaje del tema de la guerra y la paz subraya la importancia que para Kelsen tienen la política, la supervivencia de la humanidad, el papel del derecho en las sociedades concretas, en los Estados y en el orden internacional.

El talante de sus elaboraciones teóricas no lo hizo vacilar acerca del rechazo a la guerra, ni tampoco dudó en usar sus po-

7 Es decir, una clara distinción entre la ciencia del derecho que no debe encontrarse influida por la moral o la ideología, y el derecho, su objeto de estudio, que claramente está mezclado con la política y la moral.

siciones científicas para proponer desde ellas el tratamiento que se debía dar a la guerra internacional, y la manera como ciertos fenómenos próximos a ésta debían ser interpretados. Lo dicho permite entender que en este tipo de escritos Kelsen no haya conservado únicamente un enfoque científico, sino que además se haya situado política y axiológicamente, pues el tema exigía hacer explícitas perspectivas ideológicas y cálculos políticos. Así, por ejemplo, hizo explícitas sus preferencias respecto de ciertos regímenes políticos, o sobre la prioridad que debía darse a determinados asuntos respecto de otros en la agenda global.

En contradicción abierta con muchos de los autores más importantes del siglo xx, y especialmente con relación a la viabilidad del orden mundial, Kelsen siempre defendió la importancia del derecho como la forma decisiva para el logro de una paz mundial duradera. Desde un realismo que no carece de un contenido pesimista, Kelsen consideró que el derecho es el único instrumento que puede dar lugar a la paz mundial, no solo por implicar el monopolio de la fuerza, sino también por ser la herramienta principal de la política.⁸

Esta presencia transversal de la guerra y la paz en el pensamiento de Kelsen no supone la constatación de diversos significados relativos a ellas, sino más bien la existencia de diferentes campos en los que aquéllas adquieren importancia porque permiten entender mejor las relaciones entre eficacia y efectividad, entre validez y legalidad, entre justicia y legitimidad; o también porque

8 Sobre la instrumentalización del derecho por la política puede consultarse: Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (1953), traducción de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 5ª ed., 1998, p. 29; Hans Kelsen, «La idea del derecho natural» (1927), en: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Prólogo de Enrique Aftalión, México, Editora Nacional, 1974, p. 274.

ayuda a comprender mejor cuál es la esencia del derecho, los límites de esta forma de orden y sus posibilidades efectivas.

2. El concepto de derecho y su relación con la guerra y la paz

El primer aspecto que resulta relevante en las cavilaciones kelsenianas encaminadas a esclarecer la esencia del derecho, es que el elemento decisivo no es otro que la coercibilidad, esto es, la posibilidad de utilizar la coerción para que las normas de un determinado ordenamiento jurídico sean cumplidas.⁹ El ordenamiento jurídico no es otra cosa que fuerza organizada, y se dice que esa fuerza es la esencia del derecho, porque a pesar de que un determinado ordenamiento jurídico puede tener diversos contenidos, como la libertad, la moral, la justicia, la paz, estos componentes pueden ser accidentales.¹⁰ En cambio, la fuerza es imprescindible para que exista orde-

9 Kelsen llega a esta concepción mediante este razonamiento: “Partiendo de una comparación de los órdenes sociales calificados como derecho, llega la teoría pura del derecho al resultado de que estos órdenes son esencialmente órdenes coactivos, es decir órdenes que intentan provocar una determinada conducta humana y que en el caso de una conducta opuesta, calificada como delito, prescriben una coacción como consecuencia del delito, es decir, como sanción”. Cfr. Hans Kelsen, *Qué es la teoría pura del derecho* (1953), traducción de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 5ª ed., 1998, pp. 10-11.

10 Esta perspectiva del formalismo jurídico y estatal, es presentada por el autor seguido de este modo: “La teoría general del Estado tiene que reconocer como contenido posible del orden coactivo estatal todo cuanto admite como tal la Política –la cual trasciende de la teoría general–. Aquellos hechos a cuya realización aspira la Política, surgen dentro del orden jurídico en su aspecto negativo, como condiciones a las cuales va enlazado el acto coactivo estatal, como consecuencia jurídica. Precisamente así se revela que el Estado no es más que un medio para la realización de todos los posibles fines sociales, o con otras palabras: que el derecho no es más que la forma de todos los posibles contenidos”. Cfr. *Teoría General del Estado* (1925), traducción de Luis Legaz y Lacambra. Edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002, p. 53.

namiento jurídico. Sin ella el ordenamiento jurídico pierde su identidad, y a lo sumo constituiría otro tipo de orden normativo, pero de distinta naturaleza: el orden moral, el de los juegos u otra cosa. En alguna ocasión Kelsen llegó a sostener no solo que la fuerza era el elemento clave del derecho, sino que, de manera más general, era el poder la esencia de los ordenamientos jurídicos, y en relación con el Estado —que para Kelsen es el propio derecho—, sostuvo que la esencia del Estado radica en la conversión del poder en derecho.¹¹

Al tomar como punto de partida el enfoque del reconocido jurista sobre las relaciones entre el derecho y la guerra, que parte de su afirmación central, de acuerdo con la cual es necesario distinguir entre el *ser* y el *deber ser*, las observaciones efectuadas sobre sus publicaciones, sugieren que la guerra es un hecho, un acontecimiento fáctico, que pertenece al mundo del ser; mientras que el derecho es un fenómeno normativo que pertenece al mundo del deber ser, y por tanto, no es un hecho, no pertenece al mundo de la facticidad.¹² Esta afirmación conduce a efectuar consideraciones de suma importancia para definir la relación entre guerra y derecho, la más significativa es esta: no existe una relación de causalidad fáctica entre guerra y derecho, o entre derecho y guerra; es decir, ni el derecho genera la guerra, ni la guerra da lugar al derecho.

11 Cfr. *Teoría general del Estado* (1925), traducción de Luis Legaz y Lacambra. Edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002, p. 57.

12 Al referirse a los actos coactivos de ejecución, Kelsen considera que no constituyen norma, y dentro de ellos incluye algunos que sirven de género al caso de la guerra que sería un ejemplo específico: “el delito, el hecho antijurídico, en general, y el acto coactivo, la consecuencia jurídica o sanción, como ejecución en sentido amplio”. Cfr. *Teoría general del Estado* (1925), traducción de Luis Legaz y Lacambra. Edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002, p. 342.

Lo dicho debe ser entendido con mucho cuidado: un ordenamiento jurídico que contenga cláusulas relativas a la guerra, por ejemplo, una que disponga que frente a determinada agresión debe responderse con actos militares contra el agresor, no conduce de manera indefectible a tal respuesta, pues puede ocurrir que quienes deban tomar la decisión de sancionar de ese modo al agresor no lo hagan, decidan recurrir a las vías de la paz por medio del diálogo; o simplemente pueden dar la orden de cumplir con lo que el derecho ordena, pero es factible que sus fuerzas armadas se subviertan y decidan no acatarla. Sin embargo, entre derecho y hechos sí existe una relación, y esa relación se encuentra mediada por la efectividad,¹³ o sea, por el grado general de obediencia efectiva que los súbditos de un determinado orden jurídico le deban a ese orden, pues cabe recordar que esa obediencia es un asunto de grados y no es un asunto que se logre de manera absoluta, pues el derecho, en cuanto normatividad social y no natural –por ejemplo, la ley de la gravedad– es susceptible de no ser acatado, de no ser obedecido. En ese sentido el derecho no conduce necesariamente a la guerra, pero puede provocar en los hombres motivaciones que lleven a ella.

La guerra tampoco da lugar al derecho. Esto significa que la sola guerra, en cuanto conjunto de actos bélicos, no es productora de derecho, pues del ser no se sigue el deber ser. Sin duda que la guerra puede exterminar órdenes jurídicos –Estados–, pero

13 El mismo Kelsen define así el lugar de la efectividad: “El principio de efectividad que, como contenido de la norma fundamental, es un principio del conocimiento específicamente jurídico, ofrece la garantía adecuada de que la ciencia del derecho no pueda perder de vista la conexión entre las normas jurídicas y lo que se llama *realidad social*”. Cfr. «¿Qué es un acto jurídico?» (1952), traducción del alemán por Ulises Schmill, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 4 (abril 1996), p. 76.

por sí misma no es efectiva para producir nuevos órdenes normativos, los cuales requieren de instituir el derecho, o sea, de un comportamiento social efectivo, de mediana o larga duración, que tome como referente una norma básica distinta, sustitutiva de la norma básica derrotada, y que reconozca el episodio bélico que abolió el orden anterior, como fundador de una nueva legalidad. Pero este proceso se produce a posteriori, y no coincide con el acto bélico inicial. La efectividad es un proceso fáctico que hace emerger la validez jurídica.¹⁴ La guerra puede llegar pues a propiciar las condiciones para que un nuevo orden haga emergencia, pero no crea por sí misma ese nuevo orden que requiere de factores diferentes a ella.

Un aspecto más que resulta relevante para comprender las relaciones entre derecho y guerra en Kelsen, es que él afirma que la guerra no es norma jurídica, sino la aplicación de una sanción prevista por el ordenamiento jurídico; dicho en otros términos, la guerra es un tipo de consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento y, en tal sentido, es sólo una de las modalidades de aplicación de la fuerza, que es sin duda el uso extremo de ella.¹⁵

14 Al efecto, afirma Kelsen: “La esencia de mi opinión sobre la relación entre validez y eficacia de las normas jurídicas es que “la eficacia del orden jurídico es sólo la condición de validez, no la validez misma”. En la página 219 sostengo que la creación (*Setzung*) de las normas y la eficacia (*Wirksamkeit*) de las normas son “condiciones de validez; eficacia en el sentido de que las normas jurídicas establecidas deben ser obedecidas en términos generales, y, si no obedecidas, aplicadas; de otro modo, el orden jurídico como un todo, al igual que una norma aislada, perdería su validez”. Cfr. «El profesor Stone y la teoría pura del derecho», pp. 63 y 64 En: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991.

15 En efecto, al referirse a los actos coactivos de ejecución, Kelsen considera que no constituyen norma, y dentro de ellos incluye algunos que sirven de género al caso de la guerra que sería un ejemplo específico. Véase la cita 13 de este texto.

De otro lado, para Kelsen la guerra no es contenido esencial del derecho. Eso significa que un ordenamiento jurídico puede prescindir de regulaciones concretas en relación con la guerra, en relación con ese particular tipo de sanción, a fin de obtener la observancia de sus disposiciones, y por ello no deja de ser derecho. El derecho puede carecer de toda referencia dentro de sus disposiciones a la guerra como una consecuencia específica frente a determinados supuestos, y sin embargo no deja de ser derecho, es decir que es cierto que la esencia del derecho es la fuerza o el poder en general, pero no la fuerza extrema entendida como guerra, o sea, como una determinada medida o una cierta materialización del monopolio de los recursos bélicos. Más aún, un Estado puede omitir todo tipo de regulaciones relativas a la guerra, y ante una situación extrema, no podrá válidamente declararla –aunque sí fácticamente iniciarla–, pero las consecuencias prácticas que se sigan de ello no son en rigor un asunto jurídico, sino político.¹⁶

A pesar de todo lo anterior, la guerra no está por fuera del derecho.¹⁷ Para no entrar en contradicción al presentar las ideas kelsenianas, esto debe entenderse como que los actos bélicos definidos por autoridades gubernamentales competentes, no pueden ser comprendidos como actos extra jurídicos en el sentido de

16 De acuerdo con el autor seguido, “la guerra no es contenido esencial del orden jurídico. Una cuestión diferente es la de si es probable que pueda evitarse absolutamente entre los Estados y si, por tanto, es prudente que un Estado omita toda regulación jurídica de este asunto. Cierta teoría tiende a ver la esencia del Estado precisamente en la guerra. La guerra decide sobre la [existencia* del Estado, pero en sentido puramente fáctico. Asimismo una revolución hace lo propio, y no se dice que quien la realiza sea el órgano supremo del Estado”. Cfr. *Teoría general del Estado* (1925), traducción de Luis Legaz y Lacambra. Edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002, pp. 505-506.

17 Cfr. *ibid.*, pp. 413-414.

que carecen de control, como frecuentemente es sostenido por aquellas personas que quieren convertir la guerra en un *hecho del príncipe*, en un acto extra normativo, en un acto por fuera de las sujeciones del derecho.¹⁸ La guerra es una sanción prevista por el ordenamiento jurídico, y por tanto, cualquier tipo de guerra hace parte del ordenamiento jurídico, pero en tanto consecuencia determinada por un específico presupuesto normativo, aquel que estipula que esa determinada guerra es una sanción. De acuerdo con Kelsen, la postura que sostiene que la guerra se encuentra por fuera del derecho, es simplemente una posición ideológica, que intenta sustraer del control propio del derecho internacional y de los Estados de derecho, una determinada actividad, para de este modo liberar la voluntad de algunos gobernantes. La guerra es jurídica en el sentido de que es relevante para el derecho, sea como infracción al derecho internacional –guerra de agresión–, o como sanción de ese mismo derecho internacional –como consecuencia–.

3. La finalidad del orden jurídico: el logro de la paz

De acuerdo con Kelsen, el Estado –como expresión jurídica– es el monopolio de los recursos bélicos. Este es uno de los aspectos que hacen coincidir el derecho con el Estado: sin monopolio de la fuerza, puede llegar a existir derecho, como se verá más adelante en el caso del derecho internacional que está hasta cierto punto centralizado aunque no monopolizado, pero es imposible que exista Estado. En cuanto el Estado coincide con el derecho,

¹⁸ Cfr. *ibid.*, p. 409.

el ordenamiento jurídico presupone la existencia del monopolio de los recursos bélicos. Kelsen distingue un cierto proceso histórico de acuerdo con el cual las sociedades primitivas carecieron de Estado, y por tanto de derecho como se lo entiende hoy;¹⁹ lo mismo ocurre con el orden internacional, que sin ser primitivo, no expresa todavía la existencia del monopolio de la fuerza en una instancia única. Sin embargo, el autor expuesto sostiene que este ordenamiento internacional tiene los elementos que son propios del derecho en proceso de configuración.

De todo lo anterior se deriva una afirmación de mucho valor para un estudio acerca de la guerra y la paz en el pensamiento político de Hans Kelsen: el derecho produce de manera necesaria

19 Dice Kelsen al respecto: “El proceso de centralización es importante para el desarrollo técnico del derecho. El derecho primitivo está descentralizado. No conoce ningún órgano que funcione según el principio de la división del trabajo. Todos los individuos cumplen las funciones de creación y aplicación de las normas legales. Los órganos especiales para las diferentes funciones se van desarrollando paulatinamente. En el campo del derecho tiene lugar el mismo proceso que en la producción económica: se produce una mayor centralización a medida que evoluciona”. Cfr. «El derecho como técnica social específica» (1941), en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991, p. 176. En un sentido próximo, Kelsen observa que la primera función estatal que se centralizó fue la jurisdiccional: “Proporciona una tercera razón la historia del derecho. El problema de la organización mundial es un problema de centralización, y toda la evolución del derecho desde sus comienzos primitivos hasta su estado actual ha sido, desde un punto de vista técnico, un continuo proceso de centralización. En el campo del derecho municipal este proceso se caracteriza por el hecho sorprendente que la centralización de la función de aplicar el derecho —es decir, la creación de tribunales— precede a la centralización de la función de crear las leyes, es decir, la creación de órganos legislativos. Mucho antes de que existieran los parlamentos como cuerpos legislativos se crearon tribunales para aplicar el derecho a casos concretos. Es un hecho característico que el significado de la palabra ‘parlamento’ fuese originalmente ‘tribunal’”. Cfr. *La paz por medio del derecho* (1944), traducción de Luis Echávarri y presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2008, p. 53.

una pacificación de las sociedades, en virtud de que la existencia del Estado presupone que los recursos bélicos no se encuentren a disposición de los ciudadanos, o de las personas que integran la sociedad correspondiente, sino que se hallen concentrados en los funcionarios que son los titulares del poder estatal. De esta manera, el derecho pacifica a las sociedades por la vía del desarme, y en este sentido, puede hablarse de una paz mínima.

Por esta vía resuelve lo que ha sido visto como una de las paradojas del orden coercitivo llamado derecho, de acuerdo con la cual el acto coercitivo es del mismo tipo del acto que intenta prevenir en las relaciones interindividuales: la violencia.²⁰ Es decir, que el ordenamiento jurídico recurre a la fuerza para controlar la fuerza, o expresado de otra manera, el derecho utiliza la fuerza del Estado para controlar la fuerza de los individuos que componen la sociedad. A juicio de Kelsen, se trata de una contradicción aparente, pues el derecho no excluye la fuerza completamente, sino que la concentra en los órganos del Estado, precisamente para utilizarla en las situaciones previstas en el ordenamiento jurídico, es decir, como fuerza legítima. Por esta vía, el tratadista que se examina, disuelve la aparente contradicción, precisamente a partir

20 “Entre las paradojas de la técnica social que aquí hemos caracterizado como orden coercitivo [derecho], podemos señalar el hecho de que su instrumento específico, el acto coercitivo, es del mismo tipo del acto que intenta prevenir en las relaciones interindividuales; que la sanción contra la conducta socialmente perjudicial es también una conducta de este tipo. Ya que lo que se persigue mediante la amenaza de privación por la fuerza de la vida, la salud o la propiedad es justamente que los hombres en su conducta social se abstengan de privarse entre sí de la vida, la libertad o la propiedad. Se emplea la fuerza para evitar el uso de la fuerza”. Cfr. «El derecho como técnica social específica» (1941), en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991, p. 159.

de la noción que le es esencial al ordenamiento jurídico: el derecho es fuerza organizada para controlar fuerza.²¹ En un sentido más jurídico, o por lo menos utilizando términos que son más familiares al derecho, Kelsen diría que la paradoja se encuentra resuelta si se entiende que el derecho prohíbe la fuerza como delito, pero la permite como sanción.²²

Dado que Kelsen, a diferencia de muchos teóricos, tiene una definición de paz mínima y no máxima, pues como ya se señaló para él la paz es una situación en la que no se usa la fuerza,²³ entonces el derecho sólo trae como consecuencia una paz relativa, y no absoluta, pues si bien es cierto que el derecho impide que en términos generales los individuos utilicen la fuerza, el mismo ordenamiento jurídico no sólo permite la fuerza sino que la concentra en el Estado para ser usada según las determinaciones normativas, y por tanto, el Estado no es una situación de anarquía, sino una en la que el monopolio de los recursos bélicos se encuentra en manos de la comunidad, y no de los individuos que la compo-

21 Afirma Kelsen de manera contundente que “esta contradicción no es más que aparente. Es cierto que el derecho es un orden que promueve la paz en el sentido de que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones entre los miembros de una comunidad. Y, sin embargo, no excluye completamente el uso de la fuerza. No debe entenderse que el derecho y la fuerza son completamente incompatibles entre sí. El derecho es la organización de la fuerza. Cfr. «El derecho como técnica social específica» (1941), en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, p. 159.

22 Cfr. «El derecho como técnica social específica» (1941), en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, p. 161.

23 Para Kelsen, la definición mínima de paz compatible con el positivismo es esta: “La paz es una situación en la que no se usa la fuerza”. Cfr. «El derecho como técnica social específica» (1941), en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, p. 160.

nen.²⁴ Las agresiones individuales, episódicas y sin uso de material bélico relevante, como suelen acontecer en todos los Estados en mayor o menor grado, son inanes para poner en riesgo la paz.

El positivismo jurídico de Hans Kelsen le lleva a distinguir claramente entre derecho y justicia, y desde ahí construye su perspectiva acerca del lugar de la guerra y la paz en relación con los órdenes jurídicos. Para Kelsen la obtención de aquella paz mínima parece ser un ideal secundario —en cuanto no se trata del máximo

24 Los siguientes fragmentos son ilustrativos respecto de las ideas de Kelsen sobre este punto: “El derecho pone ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres y autoriza el uso de la fuerza sólo a unos individuos determinados en unas circunstancias determinadas. El derecho autoriza una conducta que debe considerarse prohibida en las demás circunstancias. La prohibición es la condición misma de la sanción coercitiva. El individuo que, habilitado por el orden jurídico, aplica la medida coercitiva (la sanción) está actuando como un órgano de este orden o de la comunidad constituida a través del orden. Por tanto, cabe decir que el derecho monopoliza el uso de la fuerza para la comunidad. Y es precisamente de este modo como el derecho pacifica la comunidad [...] En el sentido del término, el derecho sólo proporciona una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de utilizar la fuerza pero reserva este derecho a la comunidad. La paz del derecho no es una situación en la que la fuerza falta por completo, no es un estado de anarquía, sino un Estado en el que la comunidad tiene el monopolio de la fuerza”. Cfr. «El derecho como técnica social específica» (1941), en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 159 y 160.

“El derecho es, sin duda alguna, un orden establecido para promover la paz, ya que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones de los miembros de la comunidad. Empero, no excluye de manera absoluta su empleo. El derecho y la fuerza no deben ser entendidos como absolutamente incompatibles entre sí. Aquél es la organización de ésta. Pues el primero señala ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres, autorizando el empleo de ésta únicamente por ciertos individuos y en determinadas circunstancias. [...] podría decirse, en consecuencia, que el derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad. Y precisamente al proceder así, pacifica a ésta”. Cfr. «Juicio sobre la tesis de Umberto Campagnolo» (1935), en: Hans Kelsen y Umberto Campagnolo, *Derecho internacional y Estado soberano: un diálogo con Kelsen sobre paz, federalismo y soberanía*, edición de Mario G. Losano y traducción de Consuelo Ramón, Valencia, Tirant lo Blanch / Universidad de Valencia, 2007, p. 25.

ideal de la justicia—, pero por lo menos no es utópico, sino perfectamente posible. Desde luego que Kelsen admite que la justicia ideal²⁵ no coincide con esta noción de paz, y que es fácil comprender que existen formas de paz injustas, tales como las formas de explotación social, sin embargo, a su entender tal orden es mejor que ningún orden, pues por lo menos evita la guerra.

De acuerdo con Kelsen, el ideal de la paz no debe ser sustituido por el ideal de la justicia —como suele ocurrir hoy—, y dado que el ordenamiento jurídico logra instaurar un tipo de paz que consiste en hacer improbable la guerra, ese orden jurídico es justo —si se quiere— por defecto,²⁶ pues aunque reconoce que la justicia es un ideal a perseguir, por esta vía por lo menos se logra el mínimo posible y propio de todo derecho que es ese grado de paz, que quizá pueda ser tenido como el conjunto de condiciones mínimas para abordar, en un segundo momento, los problemas relativos a la justicia.

Y concluye este punto, llevando su razonamiento hasta las últimas consecuencias, diciendo que “si tenemos la inclinación a identificar la ley con la justicia, ello se debe a que consideramos que aunque la paz no es la justicia, la justicia absoluta, cuando

25 Kelsen opina que el asunto de la justicia es relativo, pues su ideal depende de criterios ideológicos o morales —irracionales, dice— en tanto no pueden ser fijados científicamente. Por lo tanto no es un criterio seguro para determinar el concepto de la paz que debe ser diferenciado. Así razona: “La justicia es verdaderamente un ideal irracional. Por más necesaria que ella sea para la volición y para la actuación del hombre, debemos confesar que no está sujeta al conocimiento”. Cfr. «Metamorfosis de la idea de justicia», traducción de Óscar Morineau, en: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, vol. 00, N° 44, 1949, p. 93.

26 “Tal orden es seguramente mejor que ningún orden, que un estado de anarquía. Un orden que garantiza la paz representa, cuando menos, un valor social y en este sentido justo”. Cfr. «Metamorfosis de la idea de justicia», *op. cit.*, p. 94.

menos es una clase de justicia. Si la ley es justicia porque garantiza la paz, entonces es justo aplicar la ley e injusto no aplicarla cuando debe ser aplicada de acuerdo con su propia intención”.²⁷

En lo que respecta al orden social y los tipos de régimen político, Kelsen asume que el orden en las sociedades está estructurado a partir del juego de intereses de los sujetos que las conforman, y estos intereses entran permanentemente en fricciones, lo cual puede conducir, y de hecho conduce, a enfrentamientos permanentes. De acuerdo con sus ideas, un orden jurídico, el orden social mismo, tiene mayores riesgos de desaparecer si no logra un equilibrio o compromiso entre intereses opuestos, sino que satisface los intereses de unas personas a costa de los intereses de otras,²⁸ lo cual puede afectar gravemente la paz social, conducir a acciones bélicas internas, que aniquilen la posibilidad fáctica de que exista el Estado. Es decir, que una sensación social de injusticia extrema, puede en efecto conducir a prácticas militares internas, las cuales a su vez pueden traer como efecto la terminación de ese específico orden, precisamente porque la sensación de injusticia extrema impele a los individuos de ese orden a luchar contra él, poniendo en vilo el monopolio de los recursos bélicos. Acorde con todo esto, en el marco de los órdenes democráticos,

27 Cfr. «Metamorfosis de la idea de justicia», *op. cit.*, p. 94.

28 Al modo de ver de Kelsen, “esta teoría [pura del derecho] puede hacer la siguiente afirmación, sobre la base de la experiencia: que solamente un orden jurídico que no satisfaga los intereses de uno a costa de los de otro, sino que consiga un equilibrio o compromiso entre intereses opuestos, con la finalidad de disminuir las posibles fricciones, puede aspirar a una existencia relativamente permanente. Solamente un orden semejante estará en posición de lograr la paz social de los sujetos, sobre una base relativamente permanente”. Cfr. «Metamorfosis de la idea de justicia», *op. cit.*, p. 94.

el derecho contribuye a lograr la paz porque a partir de un compromiso entre los intereses contrapuestos logra reducir fricciones sociales que hacen menos posible la guerra.

Un último aspecto de importancia sobre este punto de la relación entre justicia y paz social, es aquel que tiene que ver con las decisiones de los órganos del Estado con respecto a los conflictos de intereses, especialmente aquellas que derivan de las autoridades administrativas y judiciales.²⁹ Una decisión jurídica tiende a alcanzar la paz social, por lo menos en un nivel individual, no tanto porque su contenido se corresponda con la justicia verdadera o la decisión correcta –hoy tan de moda–, sino porque esa decisión determinada, en un caso específico, significa la solución a un litigio, y en ese sentido disminuye la fricción social en la medida en que pone punto final a un conflicto, definiendo quién tiene la razón de acuerdo con el ordenamiento jurídico, e impidiendo que el pretensor pueda esgrimir de nuevo su posición de reclamo, y obligando al demandado a cumplir con lo solicitado incluso mediante la fuerza que tendría que ser un recurso excepcional.

De esta manera el derecho contribuye con la paz social no porque encuentre la verdadera justicia, sino porque resuelve los conflictos sociales a través de las vías jurídicas, es decir, a través de órganos competentes que producen soluciones válidas dentro el ordenamiento jurídico. Si la decisión es obedecida voluntariamen-

29 Dice Kelsen: “Nada es más peligroso para la paz que la existencia de un conflicto no resuelto y para cuyo arreglo pacífico no se provea un procedimiento obligatorio”. Cfr. *La paz por medio del derecho* (1944), traducción de Luis Echávarri y presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2008, p. 61.

te, el recurso a la fuerza monopolizada no es necesario, pero si no ocurre así, es perfectamente válido recurrir a ella.³⁰

4. La ruptura jurídica: la revolución triunfante y el estado de excepción

El tema de la ruptura de los órdenes jurídicos por medio de actos revolucionarios, es uno de los temas más interesantes y más descuidados en el análisis de la obra kelseniana. Los estudios relativos a los sistemas jurídicos en circunstancias de estabilidad y permanencia, suelen contar con un terreno más o menos firme que permite el análisis de las situaciones que se extienden claramente en el tiempo, y que son fácilmente comparables con contextos igualmente estables sobre la base de categorías teóricas comunes. Los procesos de transición jurídica violenta, los procesos a través de los cuales el ordenamiento jurídico resulta aniquilado,

30 Kelsen formula su idea del siguiente modo: “Si no es atinada en general la idea de la perfección de los hombres tampoco puede ser sostenida para lo que se refiere a los órganos de aplicación del derecho (aún cuando se hacen intentos tales en la teoría del derecho natural). Seguramente la constitución de tales órganos es acertada, porque son más objetivos y técnicos que las partes interesadas en la decisión; porque, aun no siendo perfectos, por lo menos respecto de la decisión del caso concreto son más perfectos que el pretensor y el obligado. Sólo que el momento decisivo está en que la fijación del hecho a realizar por el órgano no se dirige tanto a establecer la ‘verdad’ como a poner fin a un litigio. Si la investigación del hecho ‘verdadero’, la persecución de la ‘verdad’, no tuviera fin —¿y cómo podría tenerlo, si la verdad absoluta es inaccesible a los hombres?— se frustraría en el proceso la aplicación del derecho más justo, incluso del derecho natural. Por eso el derecho positivo quiere ser ante todo una ordenación de la paz. Y esta finalidad la alcanza no tanto en su grado general, como más bien en su grado individual, mediante el principio de la fuerza del derecho establecido [fuerza de la ley y cosa juzgada] que tiene aquí su puesto principal, ya que no exclusivo”. Cfr. «La idea del derecho natural» (1927), en: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Prólogo de Enrique Aftalión, México, Editora Nacional, 1974, pp. 37 y 38.

la emergencia de nuevos órdenes, suelen ser descuidados por la teoría jurídica que prefiere ocuparse de contextos con mayor certidumbre normativa. Este tipo de análisis es entendido como propio de la teoría política y no de la teoría del derecho, sin embargo, Kelsen lo incluye dentro de sus investigaciones.

Hans Kelsen logra articular dentro del marco de su teoría pura del derecho una reflexión consistente con sus postulados, a través de la cual da lugar al tratamiento de las situaciones revolucionarias, y a la explicación de cómo puede surgir de un ordenamiento jurídico desmoronado un nuevo derecho.

Según el autor examinado, el acto revolucionario triunfante es un acto que decide sobre la existencia –fáctica– del Estado³¹ y es eficaz en cuanto a la creación de nuevo derecho en términos de sustituir la Constitución anterior; en cuanto acto revolucionario es un acto violatorio del texto constitucional que se derroca.³² Pero aquello que resulta definitivo para la instauración de un nuevo orden jurídico, es el hecho de que ese acto revolucionario sea un acto eficaz en la medida en que obtenga obediencia generalizada

31 Cfr. *Teoría general del Estado*, p. 506.

32 Más ampliamente así lo expresa el tratadista: “Primeramente debe ser contestada la pregunta sobre los supuestos en que se basa la descripción de proceso, de que el acto en cuestión viola la Constitución existente. Tal supuesto sólo puede apoyarse si el acto se presenta, de acuerdo con su sentido subjetivo, no como una aplicación de la Constitución existente [...] sino más bien como un acto orientado al establecimiento de un nuevo orden, orden que no puede ser establecido por el proceso de una reforma constitucional. El supuesto requiere, además, que los individuos cuya conducta es regulada por la nueva Constitución se comporten de acuerdo con ella y a través de estas conductas expresen que consideran obligatorio el acto de establecimiento de la Constitución, con plena conciencia del hecho de que el acto no constituye la aplicación de la Constitución anterior?”. Cfr. «¿Qué es un acto jurídico?» (1952), traducción del alemán por Ulises Schmill, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 4 (abril 1996), p. 72.

por parte de la población, y que constituya una verdadera ruptura respecto de la Constitución anterior que pierde eficacia como orden jurídico. Por tanto, el acto revolucionario no se legitima en la Constitución que derroca, sino que ese acto es propiciador del nuevo orden normativo; y para superar el vacío jurídico que existe entre la Constitución que se depone y el nuevo orden jurídico, Kelsen asume que debe afirmarse que el acto revolucionario no es un orden jurídico actual sino un orden jurídico potencial, pues la eficacia del nuevo orden instaurado sólo se puede constatar en procesos de mediana y larga duración, y no en el episodio revolucionario instantáneo.

El acto de transición normativa suele ser sumamente complejo, y pone a los individuos sometidos a él en el dilema de obedecer el orden anterior o el nuevo orden que se está instaurando.³³ Cuando los sujetos deciden actuar dentro del marco del nuevo orden, restan eficacia al orden jurídico anterior, y se la conceden al orden jurídico naciente, que sólo será tal, en tanto los individuos deciden obedecerlo. Así pues, más allá de los líderes que se hacen cargo del acto revolucionario, son los sujetos en general de un de-

33 La situación dilemática y su conexión con la norma básica es descrita así por Kelsen: “Los individuos a los que se dirige la Constitución establecida por un acto revolucionario, son colocados ante la alternativa de si quieren cumplir la anterior o la nueva Constitución. Al decidirse en favor de la nueva Constitución, es decir, al decir que la vieja Constitución ha dejado de ser obligatoria y que la nueva es obligatoria para ellos, hacen al nuevo orden eficaz, transformándolo en un orden jurídico. Si fueran conscientes del significado de este proceso, tendrían que conceder que pueden reconocer a la nueva Constitución como obligatoria, sólo *presuponiendo* que uno debe conducirse como lo prescribe la nueva Constitución, no la antigua, es decir, ellos ya no presuponen una norma básica que sea el fundamento de la vieja Constitución, sino una que fundamenta a la nueva Constitución”. Cfr. «¿Qué es un acto jurídico?», *op. cit.*, p. 74.

terminado orden, quienes constituyen ese orden como eficaz, y de esta manera, lo convierten en un ordenamiento jurídico. No hay entonces en rigor un acto revolucionario inaugural que configure todo el orden jurídico posterior, sino una ruptura que permite el surgimiento de un orden que será construido en adelante, y que una vez consolidado, da lugar a un ordenamiento jurídico, que retroactivamente valida el acto revolucionario como aquél que dio lugar al surgimiento del orden jurídico, y que simultáneamente, en ese episodio que separa los dos tipos de orden, hace ineficaz e inexistente el ordenamiento jurídico anterior.³⁴

Para Kelsen el Estado y el derecho pueden surgir como consecuencia de una revolución triunfante. No importa si se trata de una revolución de derecha o de izquierda, democrática o au-

34 La explicación ofrecida por el clásico examinado acerca de todo este proceso puede verse en el siguiente fragmento: “Si el acto, en los subsecuentes procedimientos de los órganos nombrados según el nuevo orden jurídico, es reconocido objetivamente como un acto jurídico y es legitimado, esta legitimación sólo puede estar basada en el nuevo orden jurídico. Esto parece envolver (sic) una *petitio principii*, porque el orden bajo el que el acto será reconocido como un acto jurídico, deviene un orden jurídico sólo a través de un reconocimiento general del acto, es decir, sólo a través de la conformidad actual con el orden creado por ese acto, conformidad de los individuos cuya conducta es regulada por ese orden, es decir, sólo cuando el orden es eficaz deviene un orden jurídico. El orden en cuestión es un orden jurídico *in statu nascendi*; es decir, no es un orden jurídico actual, sino potencial. Si se le toma así, entonces no existe *petitio principii* en la pretensión de que el acto que establece la Constitución será reconocido como un acto jurídico, con fundamento en el orden jurídico potencial inaugurado por ese acto (...) Y, en tanto está norma es eficaz, la conducta conforme a la misma deviene jurídica retroactivamente, incluso si tal conducta era originalmente ilegal debido a la contradicción en que estaba respecto de la norma previa válida jurídicamente. El principio del derecho consuetudinario es solamente una aplicación del principio general de efectividad, un principio que juega un papel decisivo en el desarrollo jurídico de la primera Constitución, históricamente hablando —en particular, una Constitución revolucionaria— cuyo surgimiento marca una ruptura en la Constitución existente”. Cfr. «¿Qué es un acto jurídico?», *op. cit.*, p. 74.

toocrática, capitalista o comunista, lo importante es que para la teoría pura del derecho y para la teoría general del Estado, existe un ámbito de validez temporal del ordenamiento jurídico correspondiente, que suele ser entendido como proyectado en el tiempo hasta la perpetuidad, y que sin embargo puede concluir con un acto violento instaurador de un nuevo orden jurídico.³⁵ A su modo de ver, el orden internacional reconoce la validez del nuevo orden una vez este llegue a ser efectivo, sin considerar la muerte del orden anterior como un hecho que el ordenamiento jurídico pueda calificar de aceptable o no. Para el derecho positivo, lo importante es que debe reconocerse la revolución triunfante como un mecanismo instaurador de un nuevo orden que se tendrá como válido en tanto es efectivo de cara al orden internacional. No corresponde pues al derecho positivo, o mejor, a la ciencia del derecho positivo que estudia el fenómeno jurídico, calificar de moral o inmoral, de bueno o malo, de justo o injusto el nuevo ordenamiento jurídico, sino que simplemente debe reconocer que existe un nuevo orden.

La revolución exitosa, con su ideología triunfante sustitutiva de la ideología anterior, desde el punto de vista del derecho interno, significa una ruptura sin solución de continuidad, que conduce a afirmar que el nuevo orden instaurado no se puede basar en

35 Al examinar el problema de la perpetuidad del Estado –para Kelsen el ámbito temporal de validez– él observa que “Prescindiendo del origen y desaparición de un Estado mediante un Tratado internacional, tenemos el caso de la revolución triunfante, reconocida por el derecho internacional como condición del nacimiento de un nuevo Estado y de la desaparición de un antiguo. Así, pues, al orden jurídico estatal se le marcan un principio y un fin en el tiempo, lo mismo que a las sociedades, asociaciones, cooperativas, corporaciones, etc., dentro de ese orden”. Cfr. *Teoría general del Estado* (1925) p. 195.

el anterior orden jurídico derrotado. Pero, de acuerdo con Kelsen, esto no significa que la mutación normativa carezca de toda ley, sino que “no se ha verificado con arreglo a la ley del orden jurídico interno, sino según una ley de grado superior, según una ley del derecho internacional; así que la continuidad jurídica no se ha interrumpido más que relativamente y, en realidad, ha quedado asegurada, al mismo tiempo que se ha mantenido también, en el ámbito temporal, la unidad del sistema jurídico. De este modo se evita la idea de un caos de etapas jurídicas sucesivas, sin el enlace de una ley jurídica común”.³⁶

Al pasar a otro tema que suele ser enmarcado dentro de cierto modelo de rupturas del orden jurídico, puede percibirse que Kelsen rechaza la idea extendida de acuerdo con la cual el estado de excepción es una necesidad jurídica, imprescindible para los Estados, a la que incluso se entiende como característica propia de cualquier ordenamiento jurídico, en cuanto es la cláusula encaminada a salvar el Estado cuando se presentan circunstancias extraordinarias imprevisibles. La conocida formulación schmittiana según la cual soberano es quien decide sobre el estado de excepción, lo dice todo. Al modo de ver de Kelsen, el estado de excepción no es un elemento esencial ni del Estado ni del derecho. El estado de excepción parte de una perspectiva iusnaturalista de acuerdo con la cual el Estado debe sobrevivir a toda costa, y para ello todo Estado debe reservarse una cláusula permisiva que autorice a una determinada institución a la instauración de un modelo de reconcentración de poderes en un órgano.

36 Cfr. *¿Qué es justicia?* (1952), en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991, p. 168.

Kelsen afirma al respecto que no es posible construir un argumento válido desde teoría alguna, que justifique ese estado de necesidad política, es decir, que permita sostener válidamente que el Estado debe sobrevivir a cualquier precio, o de cualquier manera; y que entender la situación excepcional como la situación característica de la política, es simplemente una perspectiva política o ideológica que pretende naturalizar el derecho —o un determinado orden jurídico— a fin de sacar ventajas políticas circunstanciales, en la medida que introduce un elemento que le es ajeno como su característica decisiva. En este sentido, los Estados u ordenamientos jurídicos, pueden carecer de tal institución sin dejar de ser tales.³⁷

37 Con agudeza plantea Kelsen su crítica: “En contraposición a los derechos fundamentales naturales e innatos de los súbditos, afirmase a veces una especie de derecho natural del Estado, derivado del mero hecho de su existencia, del cual, empero, no puede hacer uso sino en el caso de “estado de necesidad”. En el estado de necesidad, el Estado puede violar incluso los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de libertad de sus súbditos incluso sin base legal, privarles de su propiedad, aún destruirla sin previa indemnización; en definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma Constitución por parte de los órganos estatales, especialmente por parte del jefe del Estado. Se habla de un “derecho de legítima defensa del Estado” y se argumenta del modo siguiente: el Estado tiene que vivir, y si es imposible que esto sea por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, especialmente el órgano supremo, el monarca, están obligados a hacer cuanto sea preciso para mantener el Estado. Naturalmente, esto no es más que un razonamiento político-jusnaturalista que, como de ordinario, intenta hacerse pasar por derecho positivo. Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que “vivir”, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del “estado de necesidad política”. Del derecho de legítima defensa precisa distinguir la posibilidad (expresamente admitida por muchas constituciones) de suspender temporalmente, en caso de guerra o de alteraciones del orden público, las determinaciones referentes a los derechos de libertad de los súbditos, o incluso otros preceptos constitucionales: lo cual lleva aparejada la facultad concedida a las autoridades públicas de invadir ampliamente la libertad de los particulares. Esto es lo que constituye la proclamación del estado de sitio o estado de excepción”.. Cfr. *Teoría general del Estado* (1925), pp. 206 y 207.

5. La norma básica y la obediencia al derecho

Con frecuencia se endilga a Kelsen, de manera equivocada, el haber sostenido que como un determinado orden es jurídico entonces sus súbditos deben obediencia a él. Esta fue la explicación ofrecida por algunos partícipes y defensores del régimen nazi, ya fueran funcionarios públicos o juristas connotados, para justificar sus conductas. Según ellos, actuaron de esa manera porque el positivismo kelseniano los impulsó a ello.³⁸

Nada menos cierto. Kelsen nunca defendió una obediencia ciega o mecánica al derecho por el simple hecho de ser derecho. Este no es un problema que deba resolver la *TPD*, sino la sociología jurídica, o el estudio de la moral, que buscan explicar por qué razón concreta un hombre obedece o desobedece un mandato. En este punto debe recordarse que si Kelsen defiende un relativismo axiológico, esta posición no puede conducir a que justifique, desde su *TPD*, ningún tipo de defensa al acatamiento obligatorio de ciertos contenidos jurídicos concretos, pero tampoco ningún tipo de desobediencia necesaria. Para Kelsen, el problema de la obediencia al derecho se plantea de modo diferente.

La concepción kelseniana del derecho supone aceptar que los individuos pueden dirigir sus acciones de acuerdo a ciertos incentivos. Así entonces, el individuo es libre de actuar de manera contraria o conforme con el ordenamiento jurídico. De no acatar las normas jurídicas, el derecho respectivo determina que debe ser sancionado. Esto ocurre en cualquier orden jurídico, sin tomar en

38 Juan Antonio GARCÍA AMADO, «¿Se puede ser antikelseniano sin ser mentiroso?», conferencia pronunciada en la Universidad EAFIT, en el *Congreso Internacional sobre el Pensamiento Político de Hans Kelsen*, Medellín, 10 de septiembre de 2009.

consideración el fin que persigue o el valor en que se inspira, así como tampoco, las razones que conducen a no acatar las normas. Para la *TPD* lo relevante es que la sanción es una consecuencia por la comisión de la conducta contraria al deber impuesto.

Así las cosas, el problema de la obediencia al derecho, debe plantearse en consideración a su validez. Su escrito *¿Por qué obedecer al derecho?*, inicia rechazando todo argumento iusnaturalista para justificar un deber de obediencia a las normas jurídicas. A juicio del austriaco, las justificaciones naturales de la obediencia al derecho, siempre llegan al punto final de afirmar que se debe obedecer a Dios o a la naturaleza, pero siempre subsiste la pregunta de por qué los hombres deben obedecer sus mandatos, aun si se acepta que estos mandatos existen.³⁹

Kelsen entiende que la pregunta acerca del deber de obediencia al derecho sólo puede ser respondida desde el positivismo, en particular desde la *TPD*. Y su razonamiento parte de aceptar que se está dentro de un ordenamiento jurídico, cuyas características estriban en ser supremo y jerárquico. Atendiendo a la estructura escalonada del derecho, se debe obediencia a los mandatos del juez o de un órgano administrativo, porque sus decisiones derivan de las leyes elaboradas por los legisladores, que a su vez, fueron expedidas con base en la Constitución histórica vigente. Dado que se puede objetar que esa Constitución a su vez se origina en otra Constitución anterior y así sucesivamente, Kelsen se ve obligado a evitar este retorno infinito, construyendo una norma hipotética –presupuesto lógico-jurídico o ficción–, a la que llama

39 Cfr. «¿Por qué obedecer al derecho?», en: *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991, pp. 184-188.

norma fundamental, que es lógicamente previa incluso a la primera Constitución histórica, y cuyo papel es el de ser la “[...] base de un orden legal positivo, la razón última de su validez, desde el punto de vista de la Ciencia del derecho positivo”.⁴⁰

Es esta norma la clave del modelo kelseniano, dado que si se la acepta, y sólo si se la acepta, es posible distinguir los mandatos formulados con base en el derecho positivo –los de un gobierno, por ejemplo– de las órdenes dadas por una banda de ladrones o subversivos. Dice Kelsen: “Debemos presuponer como hipótesis la norma según la cual debemos cumplir los requisitos de la primera Constitución de la historia. Si queremos considerar como un orden válido que obliga a los individuos el orden coercitivo establecido en base a esta Constitución y que obedecen y aplican aquellos cuya conducta regula; si queremos interpretar las relaciones entre estos individuos como obligaciones legales, como derechos legales y como responsabilidades legales, y no como simples relaciones de poder; y si queremos que sea posible diferenciar entre lo legalmente correcto e incorrecto, y sobre todo entre el uso legítimo e ilegítimo de la fuerza, se debe suponer esa norma”.⁴¹

No se trata de una norma histórica, puesta por autoridad alguna, sino de una hipótesis reclamada por el derecho positivo, y cuya función central consiste en que transforma el sentido subje-

40 *Ibid.*, p. 189. Este es un tema polémico en la *TPD*, y Kelsen mismo acepta las dificultades que tuvo para formularlo, así como las variaciones al respecto a lo largo de su vida. Con todo, nunca renunció a la necesidad de una norma hipotética, un supuesto, un presupuesto lógico jurídico o una ficción, que cerrara toda la estructura de su *TPD*. Cfr. Robert Walter, «Origen y desarrollo del concepto de norma fundamental», en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LIV, N° 243, México, 2005, pp. 285-301.

41 *Ibid.*, p. 189.

tivo de los actos que crean y aplican derecho dentro del respectivo ordenamiento jurídico, en actos que tienen un sentido objetivo. Esto significa que es la norma fundamental la que confiere un sentido general de validez a todo el orden jurídico.

Se ha insistido en que para Kelsen el ordenamiento jurídico es válido porque, en términos generales, es obedecido. Esta es la conexión que Kelsen encuentra entre validez y eficacia. Ningún ordenamiento jurídico es totalmente eficaz o ineficaz, sino que su eficacia general hace que sea válido, y las conductas excepcionales de desobediencia, sólo constatan que se trata de un orden positivo, y por tanto no necesario, y como tales deben ser sancionadas.

De otro lado, en su *TGE*, al examinar la validez de las “teorías pactista y del reconocimiento”, para explicar el problema de la obediencia, Kelsen se indaga “¿por qué debo yo, sujeto sometido al orden, obedecer a este orden coactivo?”⁴² Su respuesta parte de negar la importancia del sujeto para abordar este interrogante, dado que si la respuesta se aborda subjetivamente, es imposible llegar por esta vía a establecer el carácter objetivo del Estado en cuanto orden jurídico. Así entonces, sostiene Kelsen que: “[y]a en el hecho mismo de plantearse el problema de la justificación se corre el peligro de incurrir en la antinomia de que una validez objetiva deba legitimarse ante el foro de la razón, de mi razón, de la razón demandante, de la razón subjetiva. Para obviar esta dificultad, hay que decir que no se trata de la razón subjetiva, efímera e indiferente del que casualmente se plantea el problema, sino de la razón objetiva del conocimiento científico [...]”⁴³

42 *Op. cit.*, p. 46.

43 *Ibid.*, p. 46.

Pero hay que tener cuidado con estas consideraciones. Kelsen no está resolviendo el problema de las razones personales o subjetivas por las cuales se debe obedecer o no un orden jurídico. Es decir, su *TPD* y su *TGE* no están diseñadas para dar respuesta acerca de la legitimidad de un orden en términos de la credibilidad o justificación subjetiva, lo cual considera objeto de otro tipo de ciencias o posturas filosóficas, sino de por qué, desde un punto de vista lógico-jurídico, se debe obediencia a ese orden; y planteado de este modo el tema, la voluntad es un asunto que está por fuera del derecho, y por tanto, también de la ciencia del derecho positivo.

Por fuera de la *TPD* como ciencia positiva, Kelsen es explícito en señalar que las propias convicciones morales o ideológicas —del miembro de la banda, del subversivo—, pueden resultar razones suficientes para que una persona, sin importar el tipo concreto de orden al que se encuentre sujeta, puede verse impelida a no observar sus determinaciones.⁴⁴ Puede concebirse un súbdito del

44 Ello supone, de nuevo dentro de la *TPD* que el sujeto distinga entre el sentido objetivo y el sentido subjetivo del mandato, así: “El problema que conduce a la teoría de la norma básica —tal como lo explico en mi *Reine Rechtslehre*— es cómo distinguir una orden jurídica considerada objetivamente válida, por ejemplo, la orden de un agente impositivo de pagar una suma de dinero, de una orden que tiene el mismo sentido subjetivo pero que no es considerada objetivamente válida, como por ejemplo la de un bandolero. La diferencia estriba en que no consideramos el sentido subjetivo de la orden de un bandolero —como consideramos el de una orden jurídica de un inspector de impuestos— idéntico a su sentido objetivo, porque no presuponemos en el primer caso —como lo hacemos en el último— una norma básica. Un comunista puede, efectivamente, no admitir que exista diferencia esencial entre una organización de bandoleros y un orden jurídico capitalista que él considera como un medio para una explotación despiadada. Porque él no presupone —a diferencia de quienes interpretan el orden jurídico en cuestión como normativo y objetivamente válido— la norma básica. Él no niega que el orden capitalista coercitivo es el derecho del Estado. Lo que niega es que este orden coercitivo, el derecho del Estado, sea objetivamente válido”. Cfr. «El profesor Stone y la teoría pura del derecho», p. 70.

régimen monárquico absoluto que considere que ese régimen es profundamente injusto, y que por tanto, decida de manera voluntaria apartarse de sus prescripciones. Igualmente, puede ocurrir lo propio con los súbditos del régimen nazi, del régimen liberal, del régimen comunista, de la social-democracia, entre muchos otros. Las convicciones morales o ideológicas pueden verse claramente contrarias a los valores que inspiran cada orden, y en consecuencia, siempre y cuando se considere que aquellas razones son tan valiosas como para desobedecer el ordenamiento jurídico al que se encuentra sometido, el súbdito se ve impelido a actuar contradiciendo tales órdenes.⁴⁵

Kelsen considera que la desobediencia es perfectamente posible, y admite que en el fuero interno –de un revolucionario, de una persona religiosa, de un liberal demócrata– el respectivo orden jurídico dentro del cual se vive puede parecer tan injusto que sea necesario insubordinarse, dependiendo de las propias convicciones morales. Pero la extrema injusticia del respectivo régimen no lleva a Kelsen a sostener que ese orden no sea un orden jurídico, es decir, no niega su calidad de derecho. Incluso, Kelsen entiende que es imprescindible asumir que es derecho para ser desobedecido, y con la convicción de que probablemente sustraerse de sus mandatos, trae como consecuencia la sanción correspondiente. Precisamente como se trata del “tormento de la heteronomía”,⁴⁶ el derecho no debe ser descontado, pero puede y quizá debe ser obedecido cuando resulta gravemente violatorio del orden moral de determinados

45 Cfr. *¿Qué es justicia?* (1957), traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991.

46 Cfr. *Teoría general del Estado*, 1925, p. 409.

individuos. Pero como se trata de un orden coercible, Kelsen simplemente advierte que esa persona puede ser sancionada.

La norma básica cumple pues un papel decisivo a propósito del lugar que ocupan los conceptos de guerra y paz en la teoría pura del derecho del autor examinado. Por ejemplo, en el caso ya expuesto del acto revolucionario, los sujetos de la transición jurídica tendrían que admitir, si fueran conscientes del cambio que implican sus actuaciones, que el reconocimiento de una nueva Constitución como obligatoria, presupone que cada uno de ellos debe conducirse como lo prescribe una nueva Constitución, y no la antigua, bajo el entendido de que el presupuesto lógico positivo ha cambiado, y la nueva Constitución tiene como referente último una norma básica distinta a la anterior. Pues bien, sólo mediante este presupuesto, la nueva Constitución puede ser reconocida como una norma jurídica obligatoria, y los actos que se derivan de ella, pueden ser entendidos como actos jurídicos.

Como ya se ha dejado en claro, a posteriori el presupuesto de la norma básica le concede legitimidad a aquellos sujetos que lideran en la transición, y que son aquéllos que las personas sometidas a su poder, entienden como su primer órgano legislativo con capacidad de constituir el nuevo orden de la comunidad. La eficacia del acto revolucionario no es tanto un asunto inicial o instantáneo, sino más bien una sucesión de actos que trasciende en el tiempo, decisiva en la construcción de procesos de legitimidad, que retroactivamente le confieren legalidad al acto de ruptura, por lo cual ese episodio revolucionario es entendido como el punto de partida en la configuración del nuevo orden. Así pues, sin norma básica la ruptura o transición carece de sentido jurídico.

6. La guerra y la paz en el orden internacional

En rigor, la noción de guerra suele ser reservada para la confrontación militar entre Estados, por tanto, la guerra es un concepto del derecho internacional, y de esta misma manera la ve Hans Kelsen. El tema de la guerra fue tratado por el autor seguido en numerosos escritos, concentrándose fundamentalmente en las reflexiones teóricas y prácticas alrededor de la segunda guerra mundial, a propósito de la cual escribió sobre muy diversas materias. Sin duda la obra más conocida al respecto, y que constituye una recopilación de alguno de sus escritos, es *La paz por medio del derecho*. La presentación de su obra que se expone a continuación, no se circunscribe a este texto, pero desde luego lo toma en cuenta.

6.1. La valoración de la guerra

A diferencia de importantes teóricos y doctrinantes que escribieron antes de él y en su propia época, el autor expuesto no presenta una valoración positiva, necesaria o por lo menos conveniente sobre la guerra. Kelsen rechaza de manera enfática el recurso a la guerra como forma de solución de los conflictos internacionales, y lo hace a través de un conjunto de afirmaciones sintetizadas en el epígrafe que abre este artículo,⁴⁷ en los siguientes términos:

En primer lugar, la guerra es simple y llanamente un asesinato en masa, con lo cual rechaza el recurso frecuente al heroísmo

47 Tomado de *La paz por medio del derecho* (1944), traducción de Luis Echávarri y presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2008, pp. 35 y 36.

mo como valor que pueda hacerla aceptable. La guerra es fundamentalmente una manera de matar, sin mayores consideraciones acerca del honor, el valor, y otro tipo de valores militares, tan frecuentes en la época, y en general en todas las guerras como forma de justificación. Dado que se trata de “una verdad evidente”, su descalificación de la guerra se opone de manera directa a la propaganda de la época que la encontraba como la salida única a la situación internacional, y como una recuperación de los valores del heroísmo y el honor militares, que deberían ser extendidos a toda la sociedad.

En segundo lugar, para Kelsen la guerra es “la mayor desgracia de la cultura contemporánea”, “la peor de las calamidades sociales”, y en este punto considera que no existe ningún progreso esencial entre la cultura occidental y las culturas primitivas americanas.⁴⁸ De ello se siguen consecuencias de la máxima importancia, pues a su juicio es el problema prioritario a resolver en el marco internacional, por encima de otros problemas cruciales de la época, como las tensiones entre democracia y autocracia, o entre capitalismo y socialismo. Para él la guerra tiene una amplitud, una profundidad y un impacto de tal magnitud en la vida

48 No habita en Kelsen ningún tipo de eurocentrismo, como tampoco ningún nacionalismo: “(...) nosotros, los hombres de una civilización cristiana, ¿tenemos realmente derecho a relajarnos moralmente?, ¿podemos considerarnos realmente tan avanzados en comparación con los aborígenes del Perú?, ¿acaso nuestro siglo xx no ha traído a la humanidad, junto con las realizaciones más prodigiosas de la técnica, dos guerras mundiales cuyos sacrificios humanos superan con mucho al asesinato de niños de los incas paganos?, ¿podemos negarnos a comprender a aquellos padres y madres cuando nosotros mismos nos mostramos orgullosos de sacrificar la flor de nuestra juventud en altares que sólo se diferencian de los de los incas en que ninguna religión justifica el derramamiento de una sangre preciosa como resultado de nada más que la locura nacionalista? *Ibid.*, p. 35.

interna y externa de los Estados, que sus implicaciones exigen un tratamiento prioritario para darle fin.

Así pues, la guerra no es imprescindible, no es necesaria, no produce desarrollo, no mejora las condiciones interestatales, ni permite lograr ningún equilibrio internacional, entre otras afirmaciones que con frecuencia se esgrimen. A criterio suyo, “No es cierto que la guerra sea la consecuencia de condiciones económicas insatisfactorias; por el contrario, la situación insatisfactoria de la economía mundial es la consecuencia de la guerra”;⁴⁹ y precisa que, “Sería, por supuesto, una exageración decir que la guerra no tienen causas económicas. Los conflictos de intereses económicos nacionales pueden, en verdad, llevar a la guerra pero no son la causa principal”.⁵⁰ A la pregunta acerca de cuál es la causa principal y determinante de la guerra, responde que es la existencia de soberanías nacionales independientes.⁵¹

Finalmente, la persistencia de la guerra en la historia no debe tomarse como algo inexorable, como algo inevitable, sino que la guerra es susceptible de ser terminada. La búsqueda de la paz, a través de distintos mecanismos, es perfectamente posible aunque sumamente difícil. La guerra no es pues el destino de la humanidad, y aunque el pesimismo kelseniano es reconocido, en este punto se pliega al realismo kantiano que considera que me-

49 Cfr. *ibid.*, p. 49.

50 Cfr. *ibid.*, p. 50.

51 Kelsen, remitiendo a Robbins, sostiene que “La condición fundamental que da origen a esos choques de intereses económicos nacionales que llevan a la guerra internacional —así formula Robbins la conclusión de su ensayo— es la existencia de soberanías nacionales independientes. No es el capitalismo —y esto se aplica a cualquier otro sistema o situación económicas— sino la organización política anárquica del mundo la enfermedad esencial de nuestra civilización” Cfr. *ibid.*, p. 50.

diante actos conscientes que impliquen un recurso al derecho, la humanidad puede construir un camino de paz perpetua.⁵²

6.2. El orden internacional como causa de la guerra

Como ya se ha señalado, Kelsen encuentra que la causa de la guerra internacional radica fundamentalmente en la soberanía de los Estados, es decir, la supremacía de cada Estado considerado individualmente con respecto al derecho internacional para calificar un específico acto de otro Estado como una agresión, y como consecuencia, determinar autónomamente la guerra contra ese Estado. Así entendida, la soberanía prescinde de la existencia de un ordenamiento jurídico, y convierte al Estado que se considera agredido simultáneamente en juez y parte, en creador de la situación jurídica que se constituye en presupuesto de la consecuencia jurídica conocida como la guerra.⁵³

De esta manera, el orden internacional es una sumatoria de soberanías que configura una estructura anárquica, la cual facilita la decisión autónoma de cada uno de los Estados para interpretar el ordenamiento jurídico internacional sobre la base de sus propios intereses y sin consideración a una autoridad superior a ellos. Esta perspectiva se encuentra complementada por la concepción, según la cual, la soberanía de cada uno de los Estados presupone

52 Su compromiso es más que claro: “Quien desee estudiar el problema de la paz mundial de una manera realista debe tratar ese problema con toda seriedad, como el del perfeccionamiento lento y constante del orden jurídico internacional. Así es como este libro trata de contribuir a la solución del problema más candente de nuestra época”. Cfr. *ibid.*, p. 36.

53 Véase «La igualdad soberana de los Estados como base de una organización internacional para el mantenimiento de la paz». Cfr. *ibid.*, pp. 63-74.

la existencia de un derecho natural de cada uno de ellos para ejercer su autodefensa, de tal manera que en ejercicio de ese derecho puede autónomamente considerar cuándo es agredido y cómo debe responder.

6.3. La solución al problema de la guerra

La respuesta de Kelsen a la persistencia de la guerra en el orden internacional, y a la soberanía como causa de la misma, se compone de una serie de consideraciones que pueden ser ordenadas de la siguiente manera:

Coherente con su punto de partida, Kelsen decide reformular el concepto de soberanía internacional. A juicio suyo, en el marco internacional, la soberanía no puede significar de ninguna manera poder absoluto, sino por el contrario, dos cosas bien distintas: por una parte, autonomía respecto de los demás Estados en el sentido de no encontrarse sometido a las decisiones de ellos; por otra, debe significar capacidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones en el marco del derecho internacional, y por tanto, se expresa en el hecho de quedar sometido a los órganos supranacionales que tomen determinaciones con base en decisiones colectivas.⁵⁴

54 Al decir de Kelsen, “La soberanía de los Estados, como sujetos del derecho internacional, es la autoridad jurídica de los Estados bajo la autoridad del derecho internacional. Si soberanía significa autoridad ‘suprema’, la soberanía de los Estados como sujetos del derecho internacional no puede significar una autoridad absoluta, sino sólo relativamente suprema: la autoridad jurídica del Estado es ‘suprema’ en cuanto no está sujeto a la autoridad jurídica de cualquier otro Estado. El Estado es ‘soberano’ desde que está sujeto solamente al derecho internacional y no al derecho nacional de cualquier otro Estado. La soberanía del Estado bajo el derecho internacional es la independencia jurídica del Estado de otros Estados. Este es el significado que se atribuye habitualmente a la palabra ‘soberanía’ por los escritores sobre derecho internacional”. Cfr. *ibid.*, p. 64.

En un sentido distinto, Kelsen concluye que es imprescindible redefinir las relaciones entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico nacional. Al efecto, considera que su teoría general del Estado, puede dar respuesta a la integración entre los dos sistemas, sin sufrir cambio alguno, de tal manera que se logre superar la teoría del dualismo jurídico. Kelsen observa que desde el punto de vista epistemológico, fundamentalmente desde el punto de vista de su teoría pura del derecho, los dos sistemas jurídicos pueden ser respectivamente el punto de partida para la construcción de un sistema universal.⁵⁵

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho positivo, el intento de fundamentar la estructura universal del derecho desde el orden estatal trae consigo numerosos problemas, que no pueden ser superados en cuanto se mantenga el supuesto de la soberanía de cada uno de los Estados, que impide el reconocimiento de un orden superior y de la correlativa supremacía de los otros Estados.⁵⁶ A criterio de Kelsen, el ordenamiento jurídico internacional

55 En palabras suyas, “Ciertamente, la construcción jurídica puede partir lo mismo de un orden que de otro [orden jurídico estatal y orden jurídico internacional], y cualquiera que sea su punto de partida, ha de llegar a un sistema totalitario del derecho, que puede hacer culminar en el orden estatal que más le plazca”. Cfr. *Teoría general del Estado*, p. 161.

56 En estos términos advierte Kelsen: “Pero esta empresa [de fundamentar todo el orden jurídico desde el Estado] sólo es posible en cada caso desde un punto de vista con exclusión de los demás. La soberanía de un Estado es incompatible con la de los restantes. Y admitiendo que la soberanía constituye una característica esencial del Estado, tenemos en ella un criterio seguro para diferenciar el “Estado” de las comunidades no estatales y, en consecuencia, junto al Estado propio no es posible admitir la existencia de ninguna otra comunidad con carácter estatal, la soberanía no sólo hace del Estado la suprema comunidad, sino la comunidad única que abarca en su seno todas las demás y crea la unidad del sistema jurídico”. Cfr. *Teoría general del Estado*, p. 161.

es el ámbito de validez del ordenamiento jurídico nacional, y por tanto, es superior;⁵⁷ de lo cual se desprende, que el asunto de la guerra es un asunto internacional, y no un tema del orden nacional. El austríaco no admite la existencia de un derecho autónomo a declarar la guerra de los Estados; y por el contrario, considera que la costumbre y el ordenamiento jurídico positivo internacional, a pesar de su relativa precariedad, niegan la posibilidad de que un Estado pueda determinar por sí mismo su propia agresión y, consecuentemente, determinar como sanción de manera individual la guerra contra el supuesto Estado agresor.

De manera pues que a su juicio, no es posible lograr la paz internacional, si se mantiene la superioridad del ordenamiento jurídico nacional sobre el ordenamiento jurídico internacional, es decir, si el conjunto de Estados que conforman el orden internacional, se proclaman soberanos unos con respecto a otros en el sentido de no reconocer un orden internacional que los vincule a propósito de la autodeterminación con respecto a la guerra.

57 La conclusión monista de Kelsen favorable al derecho internacional queda plasmada de la manera que sigue: “Nuestro análisis nos llevó además a la conclusión de que el orden jurídico internacional determina los ámbitos territoriales, personal y temporal de validez de los nacionales, haciendo así posible la coexistencia de una multitud de Estados. Finalmente, hemos visto que el orden jurídico internacional restringe el ámbito material de validez de los órdenes jurídicos nacionales, al someterlos a cierta regulación de sus propias materias, que de otra manera serían arbitrariamente reguladas por cada Estado. Esta concepción monista es el resultado de un análisis de las normas positivas del derecho internacional que se refieren a los Estados, es decir, a los órdenes jurídicos nacionales. Es desde este punto de vista del derecho internacional desde donde se descubre su conexión con el derecho nacional y, por tanto, con un orden jurídico universal”. Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), traducción de Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1969-1995, p. 431.

Adicionalmente, Kelsen rechaza la conocida distinción entre conflictos jurídicos, conflictos políticos y conflictos económicos,⁵⁸ que ha servido, y sirve todavía, para sostener que en el orden internacional existen conflictos que no son susceptibles de ser resueltos por las vías jurídicas, en cuanto la materia a la que se refieren o los intereses en pugna, son de una naturaleza distinta de la jurídica. El austríaco considera que es absurdo afirmar que un conflicto no es jurídico en virtud de que es económico o político; pues dado que el ordenamiento jurídico no tienen contenido esencial, y cualquier ordenamiento jurídico suele referirse a temas variados, los diversos conflictos que se presentan en el orden internacional, sean ellos económicos o políticos, son susceptibles de ser resueltos jurídicamente, esto en razón de que un conflicto es económico, político, o religioso, con respecto a los intereses que se encuentran en pugna, pero es jurídico, en virtud del sistema normativo que provee la solución.

Kelsen advierte que esta distinción entre tipo de conflictos, es ideológica, y sólo tiene como pretensión que aquella clase de conflictos se encuentre por fuera del derecho, para que de ese modo la solución no se corresponda con el derecho objetivo, o con la objetividad de las autoridades definidas como competentes para ello, sino que una de las partes afectadas pueda hacer prevalecer su propio interés en una solución concreta.

Todo lo anterior es de una importancia considerable, porque si no se acepta la existencia de conflictos económicos, políticos o religiosos en tanto conflictos sustraídos de la solución jurídica, no

58 Al efecto pueden revisarse dos acápite de *La paz por medio del derecho*: «¿Entendimiento económico o jurídico?», pp. 49-51; y «Conflictos jurídicos y políticos», pp. 55-62

existe causa alguna de la guerra que no sea objeto de tratamiento jurídico, y que no sea materia de calificación y determinación por parte los órganos competentes del orden internacional.

Para adicionar a todo lo dicho, debe señalarse que el modelo kelseniano retoma la tradición teórica internacional de acuerdo con la cual es necesario aceptar la existencia de un principio de no agresión entre Estados, así como también, un principio de resolución pacífica de los conflictos.

Sumado a todo lo anterior, el autor seguido considera que la solución definitiva a la persistencia de la guerra en el orden internacional, podría partir de una analogía entre el Estado y el orden internacional —con ciertos cuidados referidos a específicos aspectos históricos y teóricos—, la cual aconsejaría la constitución de un único Estado mundial, después de la disolución de los Estados nacionales vigentes. Tal Estado tendría el monopolio de los recursos bélicos a la manera de los Estados individualmente considerados, y a través de instituciones competentes al respecto, aplicaría determinado tipo de sanciones frente a cierto tipo de faltas que constituyeran violaciones al orden mundial, provenientes de las comunidades o de los individuos, pero no tendría que ocuparse de la guerra que sería un episodio improbable.⁵⁹

Sin embargo, Kelsen entiende que éste modelo es utópico,⁶⁰ y que los problemas del orden internacional deben ser resueltos sobre la base de los instrumentos y las circunstancias con las que

59 Cfr. *La paz por medio del derecho*, p. 43-46.

60 Dice Kelsen: “la paz internacional puede conseguirse sin la creación de un Estado mundial”, y más adelante: “un Estado federal mundial, compuesto de muchos Estados de diferentes dimensiones y culturas, difícilmente puede ser creado inmediatamente después de esta guerra”. Cfr. *ibid.*, p. 44.

se cuenta, por tanto, piensa que es necesario concebir un proyecto de organización mundial sobre la base de las siguientes consideraciones:

La paz puede ser garantizada mediante la jurisdicción obligatoria de las disputas internacionales, de tal manera que el órgano central sobre el cual debe asentarse en principio el orden internacional, sería el de un tribunal internacional que resuelva todos los conflictos causantes de las guerras.⁶¹ De esta manera supera el autor seguido el clásico dilema de si la paz se debe obtener mediante la fuerza o mediante el derecho, inclinándose en último término por el sometimiento de la fuerza al derecho, tal y como ocurre en su lectura del derecho nacional. La clave de esta respuesta se encuentra en la búsqueda de un proceso de concentración de la fuerza en instituciones internacionales, es decir, no estatales, que sólo sean activadas a partir de decisiones judiciales con procedimientos claramente previstos acerca de la infracción cometida por algún Estado contra otro, y la determinación final de la sanción máxima que sería la guerra. Esa jurisdicción internacional eliminaría toda posibilidad legal de que un Estado de manera individual y autónoma pudiera determinar que fue objeto de agresión y como consecuencia, de manera igualmente autónoma, pudiera prescribir como sanción la guerra contra el supuesto Estado ofensor.

Esta solución supondría que los Estados celebrasen entre sí un tratado internacional en el que renunciasen a la guerra y a las represalias como medio de resolver los conflictos, a cambio de

61 Sobre este aspecto en particular, puede consultarse el fragmento «Administración de justicia internacional». Cfr. *ibid.*, p. 46-49.

someter todas sus disputas sin excepción a la decisión del tribunal internacional que se menciona. Es importante observar que cuando formuló estas ideas, el autor seguido estaba intentando resolver el problema concreto del orden internacional después de la conclusión de la segunda guerra mundial. A su entender, es imposible alcanzar la paz mundial si ese tratado no es suscrito simultáneamente por los Estados vencedores y los Estados vencidos, pues de lo contrario, esto es, si sólo los Estados vencedores integran el tribunal internacional que dará lugar al juzgamiento de los actos de guerra, se estaría frente una justicia de vencedores, y no frente a una justicia verdaderamente imparcial, como es propia de los Estados de derecho.

Por último, Kelsen considera que otro paso que debe darse hacia la búsqueda de la paz mundial en condiciones de posguerra, es el de la responsabilidad tanto individual como colectiva que se sigue de los actos violatorios del orden internacional, sean ellos imputables al Estado, o a los individuos, según ciertas precisiones normativas y fácticas.⁶² La responsabilidad colectiva, es decir, la responsabilidad de todos los individuos –ciudadanos en general– del Estado agresor, es aquella que se sigue del cumplimiento de las órdenes provenientes de los órganos que representan ese Estado en el marco de una guerra. Por el contrario, la responsabilidad individual, se refiere a los individuos de un Estado que han desarrollado actuaciones de guerra o en el marco de la guerra, las cuales constituyen delitos porque no han sido objeto de orden alguna por parte de las autoridades que dirigen la guerra. La res-

62 Véase al efecto: «La paz garantizada mediante la responsabilidad individual por las violaciones del derecho internacional». Cfr. *ibid.*, pp. 89-133

ponsabilidad colectiva suele excluir la responsabilidad individual, pues todos los actos de guerra en principio rompen el orden internacional, y deben ser juzgados por un tribunal internacional, y no por ninguno de los Estados involucrados en la guerra.

7. Las ideologías, las formas de gobierno, la guerra y la paz

Ya en otro escrito he sostenido que Kelsen es un demócrata liberal, con importantes elementos de republicanismo y socialismo.⁶³ En varias publicaciones suyas se ocupa de desarrollar argumentos en contra de las formas autoritarias de gobierno,⁶⁴ particularmente se opuso a la ideología marxista-comunista, así como también a los gobiernos bolcheviques; de igual forma, argumentó de manera decidida y persistente contra el fascismo y el nacional-socialismo. Sin llegar a idealizar la democracia y el liberalismo, pues como podrá constatar, Kelsen también los consideró órdenes políticos capaces de iniciar guerras, su perspectiva política es claramente favorable a estas ideologías, y a sus formas de gobierno.

En lo que se refiere a las ideologías políticas, las formas de gobierno correspondientes, y su relación con la guerra y la paz, el

63 Véase «El concepto de libertad en la obra de Hans Kelsen». Obra en edición. Una versión previa de este texto fue presentada en el *Congreso Académico Internacional: Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*, celebrado en Bogotá, en la Universidad Jorge Tadeo Lozano, el 2 de octubre de 2009.

64 Algunos ejemplos son: *Escritos sobre democracia y socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, 345 pp. Contiene: «La teoría política del socialismo» (1923); «El problema del parlamentarismo» (1925); «La garantía jurisdiccional de la Constitución» (1928); «La teoría política del bolchevismo. Un análisis crítico» (1948); y «Los fundamentos de la democracia» (1955). Véase también su *Teoría comunista del Estado y del derecho*.

autor estudiado efectúa varias reflexiones con importantes implicaciones para los propósitos de este texto:

Primero, es necesario retornar al epígrafe de este artículo, pues allí Kelsen deja en claro la primacía y urgencia del problema de la guerra y las alternativas de lograr la paz, con respecto a la importancia que tiene la discusión y el enfrentamiento a propósito de las formas de gobierno –democracia y autoritarismo– y de los sistemas económicos –capitalismo y comunismo–. A juicio suyo, estos últimos asuntos deben ceder en el orden de urgencia con respecto al problema de la guerra y la paz, concretamente si se trata de definir el orden internacional y de tener esperanzas de algún futuro. Ello implica una cierta disociación entre el problema de las formas de gobierno –las ideologías en que aquéllas se fundan– y las guerras internacionales, todo lo cual supone una afirmación que contradice de manera clara el supuesto según el cual las guerras se generan esencialmente –o de manera necesaria– sobre la base de choques ideológicos.

Desde luego que para Kelsen es claro que existe un vínculo entre guerras y formas de gobierno, pero considera que el tema de la guerra es de tal importancia que incluso es posible recurrir a mecanismos internacionales que permitan neutralizar los enfrentamientos bélicos entre naciones, para sólo posteriormente, una vez asegurada la supervivencia global, poder enfrentar el problema de los contrastes entre sistemas económicos y entre regímenes políticos. Apenas es necesario resaltar que esta concepción se encuentra inspirada en su relativismo político, el cual lo lleva a sostener que no es posible por medio de la reflexión científica establecer cuál de las alternativas de gobiernos y sistemas econó-

micos es la correcta, pues se trata de asuntos que sólo se definen con criterios subjetivos y axiológicos y no objetivos y científicos. Son pues asuntos relativos a las preferencias y no a la verdad.

Segundo, cabe precisar que a pesar de lo anterior, Kelsen atribuye una propiedad pacificadora a la democracia, de la cual carecerían los gobiernos autoritarios. A diferencia de los regímenes políticos autoritarios, la democracia propicia la paz interna en la medida en que el método dialéctico al que recurre para construir la voluntad política se basa en el compromiso entre mayorías y minorías y no en la imposición violenta de una determinada perspectiva.⁶⁵

Así mismo, Kelsen considera que debe existir una garantía jurisdiccional de la Constitución, la cual tiene como uno de sus obje-

65 En palabras suyas: “[...], este repudio del principio mayoritario [el del marxismo que afirma que es imposible aplicar el principio de mayorías a una sociedad desgarrada por la lucha de clases] como forma fundamental de la democracia en una sociedad dividida en clases, no se apoya tanto en una convicción teórica, sino en la voluntad (racionalmente justificable) de superar la lucha de clases por vía autocrático-dictatorial, por aplicación revolucionaria de la fuerza, y no por caminos de paz, de [compromiso], de democracia. Se rechaza el principio de mayorías porque —con razón o sin ella— se rechaza el compromiso, que es su supuesto. Y precisamente porque el compromiso es el acercamiento real a la unanimidad (exigida por la libertad) en la creación del orden social por los a éste sometidos, el principio de mayorías se revela también en este sentido como expresión de la idea de la libertad política”. Cfr. *Teoría general del Estado*, p. 528.

En otro de sus escritos, razona de este modo: “La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que procede el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso, el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna”. Cfr. «Forma de Estado y visión del mundo» (parte de *Essays in legal and moral philosophy*, D. Reidel, ed., 1933), en: *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 145.

tivos más importantes la defensa contra las decisiones mayoritarias del Parlamento. De acuerdo con su posición ya presentada, la democracia se define no por la omnipotencia de la mayoría sino por el compromiso entre mayorías y minorías, que es la garantía de la paz social, y la función de la justicia constitucional es la de garantizar los derechos de las minorías frente a la dictadura de la mayoría, que puede ser tan peligrosa para la paz social como la de la minoría.⁶⁶

Pero Kelsen no es ingenuo y sabe muy bien que la guerra no es sólo un asunto de las autocracias, sino que las democracias también desarrollan guerras de agresión, pero a su entender presentan una menor disposición a emprenderlas dado que tienen que vencer diversos obstáculos internos, entre ellos el de justificar la guerra como una guerra defensiva y no ofensiva.⁶⁷

66 La salida presentada por Kelsen es ésta: “Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. La simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría”. Cfr. «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en: *Escritos sobre democracia y socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, p. 152.

67 Kelsen advierte así: “A los hábitos descritos en la política interior, corresponde igualmente determinada actitud en la política internacional. El tipo democrático se inclina al ideal pacifista, así como la autocracia propende al imperialismo. No quiere decirse con esto que no haya habido democracias que han llevado a cabo guerras de agresión; pero siempre es menor la disposición a emprenderlas, porque hay que vencer en el interior gran cantidad de obstáculos que no existen en las autocracias. Por eso tiene la democracia la tendencia a justificar su política internacional en una ideología pacifista y racional: urge considerar la guerra emprendida como guerra meramente defensiva, mientras que la actitud heroica de la autocracia no necesita ocultar tras esta máscara sus verdaderas intenciones. Cfr. *Forma de Estado y visión del mundo*, p. 153.

En sentido contrario, y de acuerdo con su crítica, los gobiernos autoritarios, en el plano interno tienden a configurar Estados militaristas y a favorecer la militarización de la sociedad como ocurre con la dictadura fascista, especialmente involucrando a los jóvenes;⁶⁸ mientras que en el plano externo, el bolchevismo y el fascismo son formas de gobierno que adoptan posiciones anti pacifistas, dirigidas a rechazar la exclusión de la guerra en el orden internacional, todo lo cual lleva a Kelsen a considerarlas enemigas de la Sociedad de Naciones, y por ello, de la paz.⁶⁹

Para terminar este acápite, parece bien subrayar que los defensores de regímenes políticos democráticos y autoritarios, ambos por igual, estarían dispuestos a utilizar la ciencia –la ciencia

68 La observación formulada por Kelsen puede constatarse aquí: “A la militarización del Estado precede la militarización del partido. Es más, esta última es el supuesto esencial de la apropiación del poder por el partido. Una las características esenciales de la dictadura fascista consiste en que se haya protegida por la milicia formada por miembros del partido militarmente organizados, uniformados y armados; todo ese aparato militar favorece su acceso al poder. La dictadura se encuentra luego con el problema político de establecer una relación adecuada entre la milicia del partido y el ejército regular del régimen anterior. Ambas milicias, que llegan a constituir una unidad en la medida de lo posible, son como la espina dorsal del Estado fascista, el cual acepta conscientemente el carácter de Estado militarista: lo cual se ve con suficiente claridad en la educación de su juventud”. Cfr. *Teoría general del Estado*, p. 467.

69 Así argumentado por el clásico que se estudia: “En política exterior, ambos son imperialistas. Aquél, con la finalidad de extender el imperio del socialismo por medio de la revolución mundial; éste, desde el punto de vista de la expansión y predominio nacionales. En consecuencia, uno y otro demuestran un claro desvío hacia toda forma de organización internacional cuya finalidad sea la exclusión de la guerra, y cuya consecuencia resulte ser el mantenimiento del status quo, y que, además, esté fundada sobre el principio democrático de la igualdad de todos los Estados, prescindiendo de su extensión territorial y de sus instrumentos de poder político. El bolchevismo y el fascismo son por igual enemigos de la Sociedad de Naciones, porque uno y otro son adversarios, encubierto el uno, declarado el otro, de la democracia”. Cfr. *Teoría General del Estado*, p. 467.

del Estado y del derecho según Kelsen— como instrumento necesario para proyectar objetividad sobre sus posturas subjetivas, es decir políticas, con lo cual buscan alinear la ciencia contra sus rivales políticos para obtener de ella las ventajas de su respaldo.⁷⁰

8. La psicología, la sociología, la guerra y la paz

En estas materias, se revela uno de los análisis más profundos del autor examinado, quien se vuelca a la búsqueda de la explicación de ciertos rasgos que propician la violencia del ser humano, enraizados en profundas características psicológicas, que presentan una asociación con temáticas ideológicas o sociales. Kelsen atribuye un valor significativo a la psicología individual y colectiva si se trata de establecer perfiles personales proclives a la guerra o a la paz. Influido por los estudios publicados por Sigmund Freud, Kelsen elabora un esquema en el que combina la psicología con diversos aspectos de la política, la ideología y los modelos de organización política, que lo lleva a tipificar dos tipos de actitudes polarizadas: la del autoritario y la del demócrata.

En términos generales, Kelsen presenta un modelo psicológico que podríamos denominar como el del “autoritario”, caracterizado por una “conciencia exacerbada del propio yo”,⁷¹ la cual le impide ver en el “tú” a un “yo”, con lo cual toda posibilidad

70 Dice Kelsen: “De esta manera, el teórico burgués deduce —en una forma estrictamente ‘científica’, se comprende— de la naturaleza del hombre o del concepto de sociedad, la necesidad absoluta de la propiedad privada y la justicia absoluta de la democracia, mientras que su opositor político —sobre la base de un igualmente ‘científico’ socialismo— demuestra la necesidad de la propiedad colectiva y la justicia de la dictadura del proletariado”. Cfr. *Qué es la teoría pura del derecho* (1953), traducción de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 5ª ed., 1998, pp. 40 y 41.

71 Cfr. *Forma de Estado y filosofía*, p. 9.

de comprender la igualdad como un ideal es imposible, y por el contrario, este tipo de hombre tiene una concepción política basada en una “desigualdad radical”, la misma que existe entre el caudillo y sus dirigidos. Según Kelsen, el sujeto acaba por confundir su “yo” con su “super-yo”, lo cual lo conduce a idealizar a su dictador omnipotente, al que se le conceden dotes heroicas.⁷² Pero hay más, el tipo autoritario prefiere dominar el mundo, y se siente inclinado por la voluntad hacia ese dominio. Lo anterior lleva a Kelsen a concluir que es perfectamente comprensible que “... precisamente este tipo sea un fanático de la disciplina rígida y de la obediencia sin límites y que, de hecho, encuentre su mayor placer no sólo en mandar sino en obedecer. La identificación con la autoridad: tal es el secreto de la obediencia”.⁷³

En un sentido muy diferente, el modelo psicológico del “demócrata”, construido por Kelsen en sus reflexiones sobre los fundamentos de la democracia, parte de una síntesis entre libertad e igualdad, la cual implica que el individuo –el ego– desea la libertad no sólo para sí mismo, sino también para los demás, para el tú. Esto es posible si el ego no se siente único, es decir, tan especial que resulte incomparable con el tú, o sea, con los demás. Kelsen admite que hay diferencias innegables entre los hombres, pero están lejos de ser esenciales. Es desde esta actitud que surge el relativismo de la democracia, y la posición altruista basada en la sensación de amistad con respecto al otro. Así mismo, es de esta

72 Kelsen habla del “pathos heroico de la dictadura”. Cfr. «El problema del parlamentarismo», en: *Escritos sobre democracia y socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, p. 34.

73 Cfr. *Forma de Estado y filosofía*, p. 144.

actitud que emerge un sentimiento de autocrítica, de responsabilidad y de inclinación por la paz.⁷⁴

En relación directa con lo anterior, cabe decir que las formas de gobierno pueden tener un influjo directo sobre sus poblaciones en lo que hace relación a estas actitudes políticas y a sus efectos sobre la guerra y la paz. Para Kelsen, por ejemplo, las poblaciones sometidas a los gobiernos totalitarios no salen de su condición psicológica proclive al autoritarismo, la violencia y el militarismo, si no es mediante un largo proceso de educación que revierta estos valores y los sustituya por valores democráticos, pa-

74 La reflexión del austríaco es la que se transcribe: “Desde un punto de vista psicológico, la síntesis de libertad e igualdad, característica esencial de la democracia, significa que el individuo, el ego, desea la libertad no sólo para sí mismo, sino también para los demás, para el *tú*. Y esto solamente es posible si el ego no se siente a sí mismo como algo único, incomparable y no reproducible, sino, al menos en principio, como igual al *tú*. Únicamente si el individuo considera como no esenciales las innegables diferencias que hay entre él y los demás, únicamente si el ego, o la autoconciencia, se encuentra reducido en alguna medida por el sentimiento de igualdad respecto de los demás, solamente así puede el ego respetar la pretensión del *tú* de ser, él también, un ego. Esta precisamente es la posición intelectual de una filosofía relativista. La personalidad, cuyo deseo de libertad se encuentra modificado por su sentimiento de igualdad, se reconoce a sí misma en los demás. Esta personalidad representa el tipo altruista, porque no siente a los demás como enemigos, sino que tiende a ver en su semejante a un amigo. Es una personalidad comprensiva, que ama la paz, y cuya tendencia a la agresión se ha desviado, de su dirección originaria contra los demás, hacia sí mismo, y, de esta forma, se manifiesta en una tendencia a la autocrítica, en una mayor inclinación al sentimiento de culpa y a un fuerte sentido de la responsabilidad. Contra lo que pudiera parecer a primera vista, no es paradójico que precisamente al tipo de autoconciencia reducida corresponda una forma de gobierno caracterizada por la autodeterminación, que implica minimizar las funciones del gobierno. La actitud del individuo frente al problema del gobierno se encuentra, en realidad, determinada esencialmente por la intensidad de la voluntad de poder de este mismo individuo. Y el individuo, incluso en cuanto sujeto al gobierno, se inclina, si vive bajo una forma de gobierno que aprueba, a identificarse con él”. Cfr. «Los fundamentos de la democracia», en: *Escritos sobre democracia y socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 240 y 241.

cifistas y de civilidad. Apunta entonces, que no basta con derrocar los gobiernos fascistas, nacional-socialistas o bolcheviques, sino que es necesario reeducar largamente estas poblaciones.⁷⁵ Las actitudes políticas autoritarias adquiridas por la población, suelen tener origen en la personalidad del líder, así como también en los usos que éste hace de la ideología y de la filosofía que supuestamente la respalda; así pues, es común encontrar que el líder se presente como el representante auténtico de alguna verdad, de alguna entidad superior a la humanidad, o cosas parecidas.⁷⁶

75 Su recomendación dice: “Immediately after the war it will not be possible to organize this better world for which we are hoping. A transitional period will be necessary, characterized by the following facts: complete disarmament of all states now under National-Socialistic or fascistic regimes or under military dictatorship; and political and military control of these territories exercised by a body of representatives of the United Nations –above all, in order to win the population of these countries for democracy and international co-operation and to educate their youth for these ideals. No illusion is more dangerous than to assume that those Germans and Italians, those Spaniards, French, and Rumanians, and those Japanese –more than 200 million people– are democrats and pacifists and that only their dictatorial masters prevent them from having the same political organization as this country or Great Britain. Not less dangerous is the illusion that it will be –if possible at all– an easy task to re-educate these peoples by means of an educational system which, at least at the beginning, will have a compulsory character”. Cfr. «The Strategy of Peace» (1944), en: *The American Journal of Sociology*, vol. 49, N° 5 (Mar., 1944), p. 382.

76 Kelsen razona de esta manera: “El paralelismo entre absolutismo político y absolutismo filosófico no es meramente externo; en realidad, el primero tiene una inconfundible tendencia a usar al segundo como instrumento ideológico. Para justificar su poder ilimitado y la sumisión incondicionada de todos los demás, el gobernante debe presentarse a sí mismo, directa o indirectamente, como autorizado por la única verdad absoluta, el ser supremo suprahumano, o como descendiente o representante suyo, o como inspirado por él de alguna forma mística. Allí donde la ideología política de un gobierno autocrático y totalitario no le permite recurrir al absoluto de una religión histórica, como sucede en el nacionalsocialismo y en el bolchevismo, esta misma ideología muestra una tendencia evidente a asumir un carácter religioso mediante la absolutización de su propio valor fundamental: la idea de nación, la idea de socialismo”. Cfr. «Los fundamentos de la democracia», en: *Escritos sobre democracia y socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.

9. La religión, la guerra y la paz

Cabe hacer dos advertencias antes de presentar de manera sucinta las perspectivas de Kelsen acerca de la religión, en aquellos aspectos que traigan interés para esta exposición: en primer lugar, Kelsen era un hombre religioso; en segundo lugar, sólo escribió unos cuantos ensayos acerca de la religión, casi todos ellos reunidos en una sola obra conocida como *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*.

En relación con el tema de la guerra y de la paz considerado en un sentido amplio, puede encontrarse en el conjunto de la obra kelseniana una observación de gran interés, que parte de examinar las manifestaciones históricas de la práctica religiosa, que muestran a criterio del autor examinado un rasgo de extraordinario valor, y es la tendencia más o menos generalizada por parte de los creyentes al fanatismo religioso, a caer en una adoración absolutamente irracional por una determinada deidad, que los lleva a buscar, y esto es lo más importante, no sólo el sometimiento propio a sus creencias, sino la necesidad, imperiosa, de someter a los demás a las mismas. Esta tendencia llega a tal punto, que Kelsen no puede evitar la típica asociación entre las tendencias expansivas universales de la religión con las prácticas guerreras que recuerdan las cruzadas.⁷⁷ Así pues, la historia muestra una práctica religiosa de

77 Tomando como punto de partida el análisis religioso, Kelsen sostiene que “Si tomamos la religión en sus manifestaciones históricas, nunca ha existido un creyente que se haya contentado con estar con Dios en la soledad; siempre se han sometido a un Dios, para poder someter a los demás a ese Dios. Y entre más profunda es la propia subordinación, entre más fanática sea la propia renuncia religiosa, más poderosamente es exaltada la deidad, más apasionada es la lucha por esta deidad, más ilimitado es el impulso para dominar a los demás en su nombre y más triunfante en su victoria, porque la victoria del guerrero de la fe que se identifica con su deidad”. Cfr. *Ensayos de jurisprudencia y teología*, compilado por Ulises Schmill, México, Fontamara, 2004, p. 51.

naturaleza expansiva basada no sólo en un sometimiento propio, sino también de los demás, y por ello, la religión juega un papel sumamente importante como motivación para las guerras.

En un sentido muy similar, para Kelsen existe una importante conexión entre religión y Estado, o más exactamente entre la psicología del hombre religioso y la psicología del hombre social: ambas están movidas por la pasión del sometimiento, por el deseo de someter a los demás a uno mismo. El clásico austriaco encuentra que los hombres se comportan de modo diferente cuando actúan bajo la máscara de su Dios, su nación o su Estado, es decir, cuando actúan en el escenario de la política, a cuando lo hacen aisladamente o de ordinario en sus relaciones sociales. Sin importar si se trata de un hombre civilizado o primitivo, los instintos suelen ser controlados cuidadosamente en las vidas ordinarias de las personas, pero resultan desatados, cuando se actúa bajo la protección o dentro de las creencias de Dios, la nación o el Estado.⁷⁸ Contrario a lo que se suele pensar, estas creencias extraen las peores manifestaciones del ser humano, lo cual resulta especialmente curioso en el caso del Estado –civilizado– que normalmente es visto como el instrumento que facilita el control social e individual de esas pasiones más primitivas.

Pero Kelsen da un paso más. A juicio suyo, si las máscaras que se usan para actuar en la representación religiosa o política

78 Kelsen se refiere así al tema: “Pues éstas son precisamente las ‘máscaras’, las ideologías específicas que se levantan sobre la base de los hechos reales; trátense de sistemas ideales de relaciones valorativas o normas, que el espíritu humano se construye y con cuyas leyes propias o immanentes es necesario compenetrarse para que estos objetos designados como religión, nación, Estado, etcétera, lleguen a existir para uno”. Cfr. «Dios y Estado» (1922-23), en: Óscar CORREAS, *El otro Kelsen*, México, UNAM, 2007, pp. 243-266, 249 y 250.

son retiradas, es decir, si se suspende la creencia en ese orden, si se le presenta sólo como una teatralización dentro de la cual cada uno cumple sólo un papel, pueden notarse las reales formas del dominio político y religioso: se trata de hombres dominando hombres. En palabras del propio Kelsen: “Si se les quita la máscara a los actores de la representación religiosa o social en la escena política, deja de ser Dios el que recompensa y castiga, deja de ser el Estado el que condena y hace la guerra: son hombres quienes ejercen violencia sobre otros hombres, es el señor X quien triunfa sobre el señor Y, o una bestia la que aplaca su apetito sanguinario revivido. Si caen las máscaras, la representación pierde todo significado propio, si hacemos abstracción de las máscaras, renunciamos justamente a esta interpretación específica en la cual consiste exclusivamente aquello que llamamos religión o sociedad”.⁷⁹

Conclusiones

Después de presentar este estudio panorámico a propósito del lugar que ocupan la guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen, es importante sentar algunas anotaciones finales:

En primer lugar, la guerra y la paz son temas transversales a la totalidad de su obra, sea que se la analice como teoría pura del derecho, como teoría general del Estado, o también, como el conjunto amplio de consideraciones provenientes de otras ciencias y disciplinas, que el autor decidió explorar para ofrecer una mejor comprensión del conjunto de su obra o de algunos puntos específicos.

79 Cfr. «Dios y Estado» (1922-23), en: Óscar CORREAS, *El otro Kelsen*, México, UNAM, 2007, pp. 249 y 250.

En segundo lugar, la guerra y la paz fueron temas que cobraron la mayor importancia para Kelsen, no sólo porque su vida se vio grandemente afectada por graves episodios bélicos, sino que toda su obra fue el intento por teorizar, tratar científicamente, y opinar políticamente, acerca de la mejor manera de resolver los conflictos entre las personas y entre los Estados; pero también su intensificación, es decir aquellas expresiones relativas a la violencia, las fricciones sociales extremas, la revolución y la guerra misma.

En tercer lugar, si no se toman en cuenta las dos conclusiones anteriores, resulta bastante difícil comprender algunos aspectos centrales en la obra kelseniana, que le conceden la máxima coherencia, y que suelen ser leídos sin referencia a la guerra y a la paz: la diferencia entre el ser y el deber ser, la distinción entre una postura científica y una perspectiva ideológica, el sentido que debe darse a la norma fundamental o norma básica. La visión panorámica ofrecida sugiere tomarse en serio el tema de la guerra y la paz desde una perspectiva jurídica, o mejor, científica del derecho: la teoría pura y la teoría general del Estado.

En cuarto lugar, dada la claridad meridiana y la coherencia de su obra, es perfectamente posible sintetizar en un solo párrafo el conjunto de las más importantes formulaciones kelsenianas acerca de la guerra y la paz, de la siguiente manera:

Dado que los seres humanos que viven en comunidad tienen intereses diferentes, muchas veces incompatibles, pueden entrar en sus interacciones en formas de fricción, de conflicto, de violencia y de guerra, todo lo cual se puede explicar por razones psicológicas, religiosas, económicas o políticas; los seres humanos

pueden coexistir en formas de organizaciones políticas nacionales o internacionales que favorezcan o dificulten la aparición de la guerra. La persistencia de la guerra en la historia de la humanidad, ha hecho creer que la guerra es inexorable, pero es perfectamente posible, aunque difícil, acabar con la guerra y lograr la paz, por lo menos una paz mínima, que permita posteriormente el logro de objetivos más elevados; sólo que la búsqueda de la paz no puede obtenerse por la ruta militar, sino a través de la construcción convencional de un monopolio de la fuerza, que debe recaer en primera instancia en los Estados, y en segunda instancia, a través de la configuración mediante acuerdo de un organización internacional, que sea capaz de centralizar la fuerza en un único órgano, con competencia jurisdiccional de tomar decisiones internacionales. Todo ello sobre la base de un ordenamiento jurídico construido democráticamente, con la capacidad de decidir todos los conflictos interestatales, sin excepción, definiendo quién ha cometido infracción contra el orden internacional, y posteriormente, cuál es la sanción que se le habrá de aplicar. En tales condiciones, bajo el monopolio del recurso de la fuerza, y la existencia de un tribunal internacional que decida por encima de las partes todos los conflictos internacionales, la aparición de la guerra es muy improbable; y la paz, como un mínimo, permitirá la discusión de los distintos temas que hoy en día son tenidos como causas de la guerra. En último término, la clave para obtener la paz y acabar con la guerra, se encuentra en el derecho internacional.

Bibliografía

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. «¿Se puede ser antikelseniano sin ser mentiroso?» Conferencia pronunciada en la Universidad EAFIT, en el *Congreso Internacional sobre el Pensamiento Político de Hans Kelsen*. Medellín, 10 de septiembre de 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado* (1925). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada, Comares, 2002.
- . *Teoría general del derecho y del Estado* (1945). Traducción de Eduardo García Maynez. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1969-1995.
- . *Qué es la teoría pura del derecho* (1953). Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 5ª ed. México, Fontamara, 1998. 53 p. ISBN: 9684761465.
- . *Teoría pura del derecho* (2ª ed., 1960). Traducción de Roberto Vernengo. México, Porrúa, 2007. 364 p. ISBN: 9789700774978.
- . «El profesor Stone y la teoría pura del derecho» (en inglés, en: *Stanford Law Review*, vol. 17, jul. 1965). En: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México, Fontamara, 1991. 137 pp.
- . «El concepto de orden jurídico» (en alemán, en: *Logique et Analyse*, vol. 3-4, 1958). En: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México, Fontamara, 1991. 137 pp.

- . «La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico» (en edición bilingüe, en: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV. Traducción de Eugenio Buligyn). En: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México, Fontamara, 1991. 137 pp. ISBN: 9684761368.
- . «Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho» (en alemán, en: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, tomo x, vol. 1, 1959, Viena.) En: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México, Fontamara, 1991. 137 pp. ISBN: 9684761368.
- . *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931). Estudio preliminar de Guillermo Gasió, traducción y notas de Roberto J. Brie y supervisión técnica de Eugenio Bulygin. Madrid, Tecnos, 1995. 82 pp. ISBN: 8430927573.
- . «Juicio sobre la tesis de Umberto Campagnolo» (1935). En: Kelsen, Hans y Umberto Campagnolo. *Derecho internacional y Estado soberano: un diálogo con Kelsen sobre paz, federalismo y soberanía*. Edición de Mario G. Losano y traducción de Consuelo Ramón. Valencia, Tirant lo Blanch / Universidad de Valencia, 2007. 214 pp. ISBN: 8484566242.
- . «The Strategy of Peace» (1944). En: *The American Journal of Sociology*, vol. 49, N° 5 (Mar. 1944), pp. 381-389. Chicago, The University of Chicago Press.
- . *La paz por medio del derecho* (1944). Traducción de Luis Echávarri y presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual. 2ª ed. Madrid, Trotta, 2008. 155 pp.
- . *El concepto de Estado y la psicología social teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud* (publicada en *Imagio* en 1922). En: *El otro Kelsen*. México, UNAM, 1989. ISBN: 9683610889.

- . *Esencia y valor de la democracia* (1ª ed., 1920). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia. México, Colofón, 1992. 162 pp.
- . «Forma de Estado y visión del mundo» (parte de *Essays in legal and moral philosophy*, D. Reidel, ed., 1933). En: *El otro Kelsen*. México, UNAM, 1989. ISBN: 9683610889.
- . «La idea del derecho natural» (1927). En: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Prólogo de Enrique Aftalión. México, Editora Nacional, 1974. 303 pp.
- . «¿Qué es justicia?» (1952) En: *¿Qué es justicia?* (1957). Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991. 283 pp. ISBN: 8434411008.
- . «Los juicios de valor en la ciencia del derecho» (1942). En: *¿Qué es justicia?* (1957). Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991. 283 pp. ISBN: 8434411008.
- . «El derecho como técnica social específica» (1941). En: *¿Qué es justicia?* (1957). Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991. 283 pp. ISBN: 8434411008.
- . «¿Por qué obedecer el derecho?» En: *¿Qué es justicia?* (1957). Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991. 283 pp. ISBN: 8434411008.
- . «Ciencia y política» (1951). En: *¿Qué es justicia?* (1957). Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1991. 283 pp. ISBN: 8434411008.
- . «¿Qué es un acto jurídico?» (1952). Traducción del alemán por Ulises Schmill. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 4 (abril, 1996), pp. 65-76.

- . *Teoría comunista del derecho y del Estado* (1957). Buenos Aires: Emece, 1957. 350 pp.
- . *Ensayos de jurisprudencia y teología*. Compilación de Ulises Schmill. México, Fontamara, 2004. 180 pp. ISBN: 9684764022.
- . *Autobiografía* (1927, 1947). Edición de Matthias Jestaedt; traducción y presentación de Luis Villar Borda. Bogotá, Universidad Externado de Colombia con la colaboración del Instituto Hans Kelsen, 2008. 178 pp. ISBN: 9587103203.
- . «Metamorfosis de la idea de justicia». Traducción de Óscar Morineau. En: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. México. Vol. 00, N° 44, 1949, pp. 83-123.
- . «El problema del parlamentarismo». En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Madrid, Debate, 1988, pp. 85-108.
- . «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)». En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Madrid, Debate, 1988, pp. 109-156.
- . «Dios y Estado» (1922-23). En: *El otro Kelsen*. México, UNAM, 1989.
- . «Los fundamentos de la democracia» (1955). En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Madrid, Debate, 1988, pp. 207-344.
- LA TORRE, Massimo y Cristina GARCÍA PASCUAL. «La utopía realista de Hans Kelsen». Introducción al texto de Hans Kelsen. En: *La paz por medio del derecho* (1944). Traducción de Luis Echávarri y presentación de Massimo La Torre y Cristina García Pascual. 2ª ed. Madrid, Trotta, 2008. 155 p.

MONTOYA BRAND, Mario. «El concepto de libertad en la obra de Hans Kelsen». Obra en edición. Texto presentado en el *Congreso Académico Internacional: Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*, celebrado en Bogotá, en la Universidad Jorge Tadeo Lozano el 2 de octubre de 2009.

WALTER, Robert. «Origen y desarrollo del concepto de norma fundamental». En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LIV, N° 243, México, 2005, pp. 285-301.

La tolerancia como construcción epistemológica del sistema democrático global

Édgar Hernán Fuentes Contreras*

Introducción

Existe aún en algunos sectores de la doctrina de la ciencia jurídica una aversión notable hacia el positivismo jurídico. Dicha situación se encuentra marcada por un doble desprestigio, tanto desde el ámbito político como en el moral. De manera absurda, se le han atribuido a dicha postura, los hechos funestos del régimen nazi durante el Tercer Reich.¹

* Abogado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. En la actualidad, realiza los cursos pertinentes para obtener el título de Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido también Becario de la Fundación Carolina para efectuar los cursos de Máster Oficial en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Docente e investigador de distintas universidades. Actualmente es Director del Área de Derecho Público y profesor de tiempo completo de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Es autor de diversos artículos investigativos y de los libros *Materialidad de la Constitución*, coeditado por el Grupo Editorial Ibáñez y la Universidad Jorge Tadeo Lozano, y *Papel jurisdiccional en la aplicación de normas internacionales*, publicado por esta Universidad.

1 La *Teoría pura del derecho*, sobre todo, fue condenada como la gran culpable. Las declaraciones de Kelsen en 1963: “[...] Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho”, significaron para no pocos juristas la confirmación de sus peores sospechas sobre la complicidad positivista en la implantación de la barbarie nazi. No hay duda de que esta sospecha respondía a una confusión conceptual que permitía el uso indiscriminado de la expresión “positivismo jurídico” para designar una ideología de la justicia, una teoría general del derecho y un modo de entender la ciencia jurídica, en Ernesto GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*, 3ª ed., México, Fontamara, 1999, p. 8.

La ausencia aparente de un contenido moral, sociológico y/o político en las pretensiones *positivistas*, encaminaron a sus contradictores a alzarse en ristre contra la metodología positivista, argumentando que las carencias de exigencias de contenido material normativo concedieron el sustento teórico del aparato judicial nazi, para legitimar un régimen, y sus propias actuaciones, contra los derechos humanos.

En este sentido, las “nuevas y no tan nuevas tendencias” se han encauzado a establecer como límites de las disposiciones y de las normas jurídicas, conceptos abstractos que amparan filosofías políticas dentro de un marco cronotopológico determinado. Es así, como las críticas lacerantes y las “soluciones” provenientes especialmente de los iusnaturalistas –desde siempre–, del realismo jurídico –como respuesta después de la segunda guerra mundial– y las actuales teorías discursivas, se estructuran, fácilmente, en una confusión y conjunción de experiencias totalmente dispersas y contingentes, que desmeritan el aporte positivista en la construcción de un sentido material de la normatividad vigente en los diferentes sistemas jurídicos, reduciendo la postura positivista a un ámbito meramente formal, especialmente, en el pensamiento del profesor vienés Hans Kelsen.

Esas interpretaciones que resultan, de una u otra forma, carentes de profundidad, han descartado de primera mano la opción positivista, como respuesta a la construcción de la paz, como un fin dentro de las relaciones internacionales, y la edificación de aquello que se puede denominar como un “Estado global”.

En esta medida, el actual escrito pretende presentar un acercamiento a la problemática interpretativa de los límites materiales normativos, dentro de un contexto de globalización, desde dos perspectivas:

una, la positivismo jurídico y la otra la mentalidad política atribuible a Hans Kelsen, como estructuras y fenómenos disidentes. Para ello, el desarrollo de la siguiente presentación constará de dos momentos: el primero, se ocupa de distinguir el contenido del positivismo jurídico y sus alcances, como categoría, para el establecimiento de claridades metodológicas constructivas; y seguidamente, se postula su viabilidad en la construcción de un “Estado global”, desde el pensamiento kelseniano. En el intermedio de ambos, se presentará la opción política de Hans Kelsen, que termina siendo una defensa e indagación frente a las críticas de ausencia de magnitud material normativa. Finalmente se expondrán, las respectivas conclusiones del tema objeto de estudio.

1. El problema del positivismo jurídico

Parece notorio que el asunto del positivismo jurídico cuenta, en la actualidad, con una marcada resistencia, que básicamente se genera desde un punto de vista teórico y desde otro histórico. El primero de ellos vinculado con la acogida de la teoría en los distintos sitios de recepción, y el segundo con el efecto nefasto vivido en la Alemania nazi.

1.1. El positivismo como teoría²

Respecto a la teoría, se debe aludir inevitablemente al proceso de incorporación del positivismo. Frente a ello, se debe advertir que uno de los elementos más significativos, dentro del proceso

2 Sin embargo, se hace necesario aclarar que la expresión de “teoría” no es en estricto sentido acorde con la postulación y diferenciación que hace Norberto Bobbio, respecto al positivismo ideológico, metodológico e ideológico. Esquema al cual se aludirá con posterioridad. Véase: Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

de aprendizaje, está referido a la observación de modelos susceptibles de ser imitados, tal como lo plantea el psicólogo canadiense Albert Bandura. Dicho fenómeno de la imitación, entendido como la reproducción de ciertos fenómenos, y atribuido tanto a seres humanos como animales, se ha constituido en el parámetro fundamental de la perduración de las conductas y comportamientos sociales; sin lugar a negativas, el proceso de culturización y establecimiento de las tradiciones y costumbres sociales mantiene en constante presencia la estructura del esquema de observación y reproducción de lo observado. Sin embargo, entre el proceso de recepción y la posterior reproducción de una conducta existen diversos factores, que se pudiesen llamar persuasivos o modificantes que generan que la materialización de la imitación no sea precisamente idéntica, sino que incluso surjan comportamientos no observados pero con calidades y condiciones regularmente similares; estimándose, de tal forma, procesos, más que de imitación, de influencia y creación espontánea dirigida. Desde la anterior perspectiva, se puede aseverar que la influencia se instituye como proceso donde concurre la manifestación de una conducta, condición, modo y/o institución que será objeto de recepción, adopción y reproducción bajo las estimaciones propias y autóctonas dadas desde los factores modificantes.

Si bien el proceso de influencia no es eminentemente rígido y puede generarse en una doble vía, se hace ostensible, con gran generalidad, la presencia y diferenciación entre los llamados “sitios de producción”, es decir, los centros de donde surgen las conductas, teorías, disposiciones, modos y/o instituciones, y los “sitios de recepción”. De este modo, dichos sitios de recepción,

en el proceso de acogimiento y reproducción, han provocado, en vocablos del profesor Diego Eduardo López Medina y partiendo de “malas lecturas” o si se prefiere, en mejor término, de “lecturas transformadoras”, la presencia “teorías jurídicas locales”, de alcance nacional o regional, con un alto grado de originalidad, subyacente en el proceso de mimesis.³

En ese proceso constante, donde incluso se integran ámbitos como el intergeneracional, interpersonal, intercolectiva, interinstitucional, y por supuesto, interterritorial, se vislumbran como producto de la transmutación y recepción el positivismo jurídico; el cual se ha reducido, en la mayor parte de los casos, a una postura eminentemente formalista, donde la teoría de la justicia, se reduce a que: “[...] acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella”.⁴

No obstante, tal como lo plantea Norberto Bobbio, de forma extraordinaria, el positivismo jurídico resulta acreedor de tres aspectos diferentes: [...] 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho –positivismo metodológico–; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho –positivismo teórico–; 3) como una determinada ideología de la justicia –positivismo metodológico–”.⁵

Dichos aspectos, marcan, de manera necesaria, la existencia de múltiples opciones de visualizar la doctrina del positivismo

3 Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004.

4 Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 13.

5 *Ibid.*, pp. 39-40.

jurídico,⁶ que en ocasiones terminan siendo totalmente dispares entre sí, e imposibles de unificar en una misma erudición uniforme. Esto ha ocasionado que las críticas que se han dirigido al positivismo jurídico incurran en postulaciones facinerosas, que excluyen las disconformidades entre los distintos aspectos. Posiblemente, una de las posturas con mayor grado de afectación, ha sido, sin lugar a negativas, la del profesor Hans Kelsen.

De cualquier forma, el positivismo jurídico es toda una teoría sobre la naturaleza y concepto del sistema jurídico y del derecho, la cual no puede ser reducida de manera maniqueísta a la sola frase, tal como ha sido empleada por muchos doctrinantes, donde se asevera que “cualquier contenido puede ser derecho”. Dicha locución, que en efecto aparece en la producción kelseniana, tal como la ha sido tomada y utilizada por gran parte de la crítica, se convierte nada más que un *lapsus* del intérprete de la teoría pura, o sí así se prefiere, una mala lectura o, en mejor término, una lectura incompleta de la postulación kelseniana, que podría incluirse en la denominación “lectura *pop*” de la teoría jurídica de Hans Kelsen (expresión acuñada por el profesor Diego Eduardo López Medina). Hoy por hoy, parece más claro que el positivismo de Kelsen o positivismo metodológico, va mucho más allá de aquello que se ha formulado.

El positivismo metodológico, partiendo de la distinción entre un derecho real y derecho ideal, procura ver al sistema jurídico desde una concepción eminentemente científica, en ocasión a la insatisfac-

6 “[...] Creo útil distinguir estos tres aspectos de aquello que comúnmente se considera como una única doctrina, porque no me parece que exista una relación necesaria entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco —y aquí entiendo ‘relación necesaria’ tanto en el sentido lógico como causal—”. *Ibid.*, p. 40.

ción que era notoria sentir frente a las formulaciones de la época que carecían del rigor y objetividad necesarios.⁷ De una u otra forma, el carácter científico como tal, viene a ser otorgado al conocimiento de la realidad, mediante la aplicación formal y sustancial de un método específico y aceptado, donde se establecen ciertos preceptos con el único objetivo de llegar a una certeza. En este sentido, la labor del positivismo metodológico se centró en procurar subsanar las falencias existentes en el derecho, como ciencia humana, frente al apogeo de las revoluciones científicas y las ciencias naturales. Por ello, procuró solucionar a) la inexistencia de distinción entre sujeto-objeto, b) la ausencia de capacidad de predicción y generalización y c), conjuntamente, la incapacidad de una neutralidad valorativa; las cuales ocasionaban que el derecho fuera propietario del problema de justificación de las ciencias humanas y que se le tomase como un conocimiento inexacto, y lejos de poder ser estimado con un carácter científico.

Para ello, el positivismo metodológico, en primer momento identificó el objeto de estudio del derecho en las disposiciones jurídicas positivas; es decir, aquellas que son reconocidas como tal dentro de una comunidad determinada, sin importar que para la creación del derecho sea utilizado el mecanismo de la repetición o de la decisión.⁸ Una vez identificado el objeto de estudio,

7 Albert CALSAMIGLIA, «En defensa de Kelsen», en: <http://www.recercat.net/bits-tream/2072/1337/1/ICPS129.pdf>. Consultado: 27 de septiembre de 2009.

8 “[...] La creación de derecho puede tener lugar de dos modos distintos: por *repetición* y por *decisión*. Existe un derecho creado por la repetición de conductas hasta dar lugar a la creación de una regla, de una normalidad, a la que la conciencia jurídica atribuye fuerza de obligar en virtud de que siempre se ha hecho así. [...] El derecho se crea también a través de la decisión del legislador, a través de las leyes y, en mayor o menor medida según las épocas y sistemas jurídicos, a través de las decisiones de los jueces”, en Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 20.

Hans Kelsen se dedicó a elaborar una explicación normativista del derecho, distinguiendo en primera instancia el ser y el deber ser. De esta manera, el concepto de norma propiamente dicho reveló que el objeto de estudio del derecho –en contraposición de aquello que algunos críticos de las ciencias normativas pensaron–, es, en sí misma, la disposición jurídica como lenguaje y no la regulación de las actividades y comportamiento humano, que sólo sería objeto de forma indirecta, siempre que así lo contuviese el enunciado.

Por ello, la ciencia jurídica terminaría apartándose, casi por completo, de las falacias de las ciencias humanas, o por lo menos en cuanto a la diferenciación del objeto y al sujeto se vincula. Esto, igualmente, llevaría a que se hablara por primera vez de un empirismo del derecho basado, no en “hechos sociales” sino en “hechos empíricamente verificables” como lo eran las normas jurídicas. En otros términos, significaba que la norma establecía que “algo debe suceder” o que “alguien debe proceder de cierta manera”, pero ella como expresión lingüística (ser) es lo que se debía y podía estudiar, dado que la regulación (deber ser) no es más que una mera expectativa, compaginada con el principio de imputación.

Bajo esta perspectiva, el derecho es derecho siempre que sea válido, es decir, haya cumplido los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico, que se auto regula, y establece los límites formales y materiales a la producción normativa; lo cual no es más que decir que el derecho es válido sin que para obtener esta condición requiera de un contenido específico –sea moral, sociológico y/o psicológico–, más allá de aquel que se vinculará con la idea de “sistema”.

En estas condiciones, el asunto de la norma jurídica sin contenido atribuible, se vincula con una pretensión de extensión o generalidad propia de la ciencia. Debido a ello, se requiere para la ciencia jurídica un conjunto normativo que carezca de una pretensión moral única, eterna y universal, lo cual permita conceder, desde el ámbito internacional, la idea de “autodeterminación de los Estados”, y que al tiempo satisfaga el hecho que la *Teoría pura del derecho*, como forma acercarse al objeto de estudio, pueda ser utilizada en cualquier ámbito.

El propio Kelsen aparta de su trabajo científico sus conceptos políticos y sus aspiraciones, con la idea de no establecerlos como vinculantes y únicos. Es decir, se priva de instaurar un sistema que abandone lo jurídico. Bajo toda esta conjunción de conceptos, debe decirse que Kelsen jamás aseveró que aquello deseable sea que cualquier contenido yaciera en un texto normativo. No obstante, esto será tratado más adelante.

1.2. El positivismo jurídico como “experiencia”

Los contradictores del positivismo jurídico y de Hans Kelsen, e inclusive, algunos positivistas, entre los cuales se destaca Gustav Radbruch, han pretendido exhibir los hechos y efectos ocasionados durante el Tercer Reich y por la filosofía nazi, como propios y congruentes con la aplicación e impregnación de la mencionada teoría jurídica, y de su mayor representante Hans Kelsen. Sin embargo, las aseveraciones que se elevan en su contra, resultan carentes de sentido y desconocedoras de la teoría como de los acaecimientos históricos. Kelsen era un descendiente de judíos; lo cual lo pone en contraposición evidente con la filosofía

del nacional socialismo alemán. Por ello, resulta bastante irrisorio que se le pueda relacionar o atribuir la calidad de un paradigma científico en la Alemania nazi.

¿Por qué se miente sobre Kelsen en las aulas y los libros?
Por ignorancia y por mala fe. [...] Aquellos antiguos juristas nazis que lo llamaban ‘perro judío’ en tiempos de Hitler y que, después de 1945, convertidos en grandes demócratas y moralistas sin tacha, siguieron echándole las culpas de todos los males pasados.⁹

Autores que auxiliaban teóricamente al nazismo, entre ellos Karl Larenz¹⁰ y Carl Schmitt, fueron los encargados de menoscar en un principio las teorías de Kelsen, y al mismo hombre con tratos tales como los que se citaron, y después, opacados por el desastre nazi, y bajo nuevas banderas democráticas, se encargaron

9 “[...] Se detesta a Kelsen porque el pensamiento jurídico y político kelseniano fue radicalmente desmitificador, ferozmente crítico con la impostura de tanta metafísica jurídica al servicio de simples afanes de dominación que se niegan a pasar por las urnas, con la falsedad de tanto absolutismo moral que sirve ante todo para estar a bien con los poderes establecidos y dar la razón al tirano de turno y con tantas ínfulas de elevación moral de altos jueces que lo son porque jamás contradicen al poder que los nombra en las cosas que a éste más le duelen. Toda la ‘teoría pura’ kelseniana se puede sintetizar en una fórmula bien simple: si usted, profesor, quiere hacer auténtica ciencia jurídica, describa las normas jurídicas en vigor y explique de cuántas maneras pueden interpretarse. Pero si lo que a usted le gusta es dictaminar sobre cuáles son justas e injustas, cuáles deben o no deben ser aplicadas y cómo deben los jueces fallar exactamente cada caso, reconozca honestamente que usted anda haciendo política e intenta que la práctica del derecho pase por el aro de sus personales convicciones. Está en su derecho, pero llame a las cosas por su nombre y no disfrace de ciencia perfecta su ideología particular. Por eso Kelsen molesta tanto a toda esa sarta de charlatanes que fingen que sus palabras expresan la verdad objetiva sobre el derecho y no la mera opinión personal de individuos que sólo quieren más influencia social y mejor sueldo”. Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Defensa de Kelsen frente a ignorantes y cretinos*, en: <http://www.geocities.com/jagamado/pdfs/DEFENSA.pdf>. Consultado: 10 de mayo de 2009.

10 Massimo LA TORRE, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacional-socialista del derecho*, Madrid, Dykinson, 2008.

de esconder sus obras en los lugares recónditos de las universidades alemanas para así tener nueva oportunidad académica, pero esta vez no para humillar a Kelsen sino para vilipendiar su postura e incriminarla de aquello que se produjo, que indudablemente, no podía ser causado por alguien que era tildado de “perro”.¹¹ De manera oportunista, los profesores alemanes dieron aires nuevos a sus posiciones y se lavaron las manos: “La falta de carácter fue quizás más culpable que el supuesto positivismo”.¹² De ahí y sólo de ahí que Kelsen sea incriminado.

La única relación kelseniana con el mundo alemán de la época se dio con la Universidad de Colonia. Pero de allí, tendría que huir por su condición judía y su pensamiento, tal como le sucedió a Radbruch:

Vivimos enfrentados al doloroso juicio de que la concepción del positivismo jurídico no impidió que los seguidores de Hitler se hicieran con el poder – en Berlín en 1933; en Viena en 1938–, y que quizás incluso contribuyó a hacerlo más fácil bajo el pretexto de la legalidad. Pero no se puede hablar de complicidad o participación. Radbruch fue expulsado ya en mayo de 1933 de su cátedra en Heidelberg, y Kelsen, por su parte, se trasladó de Viena a Colonia en 1930, lo que, más tarde, lamentó mucho, viéndose obligado a ‘huir con su familia en la tardía primavera de 1933’, abandonando su biblioteca y otros enseres personales, a pesar de los esfuerzos realizados por el decano Hans Carl Nipperdey.¹³

11 GARCÍA AMADO, *op. cit.*

12 GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, p. 17.

13 Klaus ADOMEIT, «El positivismo jurídico en el pensamiento de Hans Kelsen y de Gustav Radbruch. Su significado para problemas actuales de la ciencia jurídica alemana y española», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 31.

Con todo, el conocimiento contextual de la vida de Kelsen parece sobranter, respecto a circunstancias fácticas referentes a las construcciones filosóficas —sí así pueden llamarse—, confeccionadas por el nazismo; entre las cuales se cuenta con: a) el anticomunismo, b) el racismo, c) la higiene racial, d) el darwinismo social, e) la defensa de la naturaleza, f) la defensa de *Blut und Boden* (sangre y tierra), y g) *Lebensraumpolitik*, *Lebensraum im Osten* (creación de un espacio vital para la raza aria). Dichas confecciones, sin necesidad de profundidad de las mismas, casi en su totalidad, son evidentemente naturalistas; conclusión que para ser emitida sólo se requiere el más común de los sentidos. Bajo ese aspecto, queda totalmente reforzado que los nazis se alejan de la postura positivista y difícilmente es ella la causante de los fatídicos hechos históricos del Tercer Reich.¹⁴

2. El asunto del Estado global

Bajo este panorama, tanto Hans Kelsen como el positivismo jurídico como metodología y como experiencia parecen rei-

14 Aunque puede ser vista como contingente, considero pertinente aseverar que la posición aquí expuesta no pretende desconocer las afirmaciones producidas durante los conocidos Juicios de Nuremberg; donde se aludía a posturas legalistas vinculadas con la obediencia debida. Sin embargo, dos asuntos puede indicarse sobre dicho aspecto: 1) La manifestación legalista o de obediencia ciega a la ley no es precisamente positivista. Muestra de ello, son las persecuciones que se dieron durante la Edad Media en razón de la ley como expresión de la divinidad. Nadie puede negar que las mismas estuvieran completamente legalizadas y orientadas por el poder. No por ello puede alegarse, entonces, que no tenía un verdadero fundamento iusnaturalista. 2) Una lectura cuidadosa de Kelsen encontrará que en ningún aspecto considera como moralmente correcto la obediencia ciega al derecho; reconociendo, por el contrario, la posibilidad de que éste no sea aplicado —parámetro vinculado con la objeción de conciencia—, pero que sin por ello pierda la calidad de jurídico. En este sentido, parece más congruente afirmar que la defensa de los juicios, no es otra cosa que una negación de la postura ideológica que sostenían los nazis, más no una realidad de aplicación de la teoría de Kelsen o del positivismo que éste representa.

vindicados. Esto sirve de parámetro para ingresar a dialogar sobre su importancia en la construcción de un Estado global desde el pensamiento político del autor austriaco.

De esta manera, la construcción intelectual de Kelsen debe ser diferenciada desde, por lo menos, dos ámbitos: uno meramente teórico y otro, eminentemente político; ambos distanciados por las aspiraciones y claridades metodológicas que les son propias.

Hans Kelsen no carece de una opción vinculada con el marco político. El asunto es que Kelsen jamás presentó su posición y su aspiración política como necesaria y única;¹⁵ por el contrario, pretende reconocer la distancia entre su aspiración y aquello que realmente existe como norma jurídica.

Esto una vez más nos vincula con la posibilidad de hablar de una ciencia jurídica que no vincule un pensamiento o contenido específico de la normativa; y es que ella, la ausencia de contenido, garantiza –como se ha hecho mención–, la neutralidad que se requiere para hacer ciencia jurídica, y omite cualquier tipo de prescripción otorgada por la creencia, ideología o forma de Estado. Por ello, está así diseñada la Teoría Pura del derecho: como teoría y no como política.

Esa misma ausencia ha concebido que se predique de Kelsen un escepticismo axiológico, por presuntamente abandonar el concepto de justicia. Y es cuando se produce directamente la pre-

15 Una diversidad de autores se han inclinado por mostrar una presunta objetividad cuando ofrecen, bajo la máscara de una teoría, su pensamiento político, sus creencias e ideologías. Presentaciones como el consenso en John Rawls, la cláusula de extrema injusticia de Gustav Radbruch, la mera eficacia como Alf Ross, las relaciones jurídicas como económicas de E.B. Pashukanis, no son más que apetencias personales que no compaginan con un trabajo descriptivo del derecho. Dicha circunstancia confluye en generar un falacia entre una postulación de un deber ser que debe ser y no como lo hace una teoría positivista.

gunta de “¿qué es la justicia?”. Kelsen señala que la definición de justicia, universalmente entendida, no es más que un sueño de la humanidad. La justicia, para el profesor vienés, es un concepto relativo, el cual se establece por el contexto.¹⁶ Por tal razón, la búsqueda de la justicia no puede considerarse como un fin del derecho en sí mismo; por el contrario, el derecho se establece como un conjunto de formulaciones que garantizan si una conducta está en contra de lo prescrito por una disposición jurídica.

No obstante, no todo es teoría en Hans Kelsen. Existen discernimientos de tipo político, los cuales no confluyen en la *Teoría pura del derecho*, sino en otros diversos textos,¹⁷ que permiten establecer el posible contenido deseable por Kelsen de la normatividad. Esos contenidos giran en torno al valor de la democracia como forma de gobierno deseable, dado que ella permite garantizar el valor de la tolerancia, y con él el de la paz; los cuales, conjugados, permiten un marco que se instituiría como el contexto exacto para hacer ciencia:

En realidad, yo no sé si puede decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme únicamente con lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más im-

16 Sobre la temática, resulta importante acudir a un texto de Robert Walter, del cual cito el siguiente párrafo: “[...] La demostración de que la justicia no se determina con ciertos principios coadyuva además a precaver posibles excesos. Pues una fórmula de justicia inadecuada puede abrir de par en par la puerta de cualquier abuso. No es posible olvidar que sobre la entrada del campo de concentración de Buchenwald aparece la frase ‘a cada quien lo suyo’, que ha sido enseñada por muchos juristas como fundamental para la justicia”. Robert WALTER, *Kelsen, la teoría pura del derecho y el problema de la justicia*, traducción de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 28.

17 Véase a manera de ejemplo, KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 2001; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1999; *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2003; *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía*, México, Coyoacán, 2005.

portante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.¹⁸

Efectivamente, el modelo kelseniano, tiene una notoria vinculación con el sistema democrático, que se percibe, en la edición de 1929 de *Esencia y valor de la democracia*, donde Kelsen asevera:

Si existe alguna forma que ofrezca la posibilidad de apartar esta contraposición abismal, tan deplorable como real, de la catástrofe a que conduciría el camino de la revolución sangrienta, llevándola al de una armonía pacífica y gradual, sólo puede ser la de la democracia parlamentaria, cuya ideología es, en verdad, una libertad no asequible en la práctica social, pero cuya realidad es la paz.¹⁹

Así mismo, en las expresiones kelsenianas puede reconocerse un concepto político de Constitución que estaría coherente con aquel que sin importar su productor o creador, respondiera a las necesidades sociales, mediante el establecimiento de una posición liberal y un modelo democrático:

Si el derecho positivo conoce una forma constitucional especial, distinta de la forma legal, nada se opone a que esa forma se emplee también para normas que no encajan en la Constitución en sentido estricto y, ante todo, para normas que regulan, no la creación, sino el contenido de las leyes. Surge de ello la noción de Constitución en sentido amplio. Es esta noción amplia la que está presente cuando las constituciones modernas contienen no solamente las reglas sobre los órga-

18 KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2001, p. 83.

19 Guillermo GASIO, «Estudio preliminar», en KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1999, p. xxxviii.

nos y el procedimiento de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. De esta forma —éste es el sentido primordial, si no exclusivo, de esta práctica— la Constitución traza principios directivos y límites al contenido de las leyes futuras. Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo de la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etcétera, la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad la libertad de propiedad, etcétera. *La Constitución no es entonces únicamente una regla de procedimental sino también una regla sustantiva* [...]. (Texto en letras itálicas del autor).²⁰

Conjunto a esta idea, el autor vienés alude la importancia que ostenta la obstrucción al poder de las mayorías, o en otros términos, los riesgos, que involucran la desaparición de una estructura democrática:

Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. La simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquella y para oponerse así, en última

20 KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, p. 115.

instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.²¹

Esa pretensión hacia la democracia²² se conjuga con la visualización del pueblo no como una masa compacta de naturaleza homogénea sino como una aglomeración de grupos; debido a que la unidad del pueblo como coincidencia de los pensamientos, sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses no es más que una postura nacionalista. De este modo, reconoce el pluralismo, que ataca Carl Schmitt, y relega y rechaza la idea de un Estado total, donde la tolerancia²³ y la libertad no existan.²⁴

Como consecuencia, la opción de la paz y la tolerancia, como fundamentos deseables en la teoría política kelseniana, como en la actualidad, no puede observarse como una caución propia y exclusiva de los llamados “Estados nacionales”, sino que, después de un siglo minado de confrontaciones internacionales, como en el desaparecido siglo xx, se presenta como un objetivo con un carácter más allá de las fronteras de los Estados.

El problema de la paz internacional se sujeta de manera directa, para Hans Kelsen, con la existencia del derecho y con

21 *Ibid.*, p. 152.

22 “[...] Como la democracia es por su naturaleza íntima libertad y la libertad significa tolerancia, no existe otra forma de gobierno más favorable para la ciencia que la democracia”, en KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, 13ª ed., México, Fontamara, 2001, p. 82.

23 “[...] Sin lugar a negativas, la importancia otorgada por Kelsen a la tolerancia, al final de su carrera lo llevó a mencionarla como el contenido de la *Grundnorm*; no obstante, no hay un desarrollo sobre él mismo y sólo existe una mención donde Kelsen renuncia a la norma fundamental en su postulación clásica y se alude a ésta como una ficción”. Dante CRACOGNA, *Cuestiones fundamentales de la «Teoría pura del derecho»*, México, Fontamara, 1998.

24 Véase sobre el tema, entre otros textos de Hans Kelsen: *Esencia y valor de la democracia* y *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

él, del Estado global. En su texto, *La paz por medio del derecho*, el autor austríaco presenta una propuesta política y metodológica que pretende influir en un espacio internacional golpeado por los efectos de la segunda guerra mundial. Nuremberg, como proceso, se volvió la referencia ineludible para un mundo que vio ante sus ojos cómo la vulneración de las disposiciones contenidas en los tratados y pronunciamientos internacionales, por acaecimiento penoso para la humanidad, no pasaron en vano.

Pese a las observaciones críticas, para algunos, y tal como lo presenta Jacques Bernard Herzog,²⁵ el proceso de Nuremberg, si se efectúa un examen histórico riguroso, no es la improvisación apresurada de una retaliación “jurídica” de los países vencedores contra los países vencidos en el marco del final de la segunda guerra mundial; a diferencia de aquello que puede asaltar comúnmente, el proceso de Nuremberg termina siendo una puesta en escena del deseo de la conciencia colectiva respecto a las realidades jurídico-políticas que se habían desencadenado en la historia y que no podían dejarse pasar con el final de la segunda guerra mundial. Nuremberg fue más que la experiencia constructiva de un ansia global. Nuremberg fue más que un intento aislado de conformación del derecho internacional. Es, en estricto sentido, la garantía de la existencia y de la toma en serio del mismo. Nuremberg, fácilmente, parece ser el cierre de una etapa para la historia del derecho internacional, y el inicio de la institucionalización de la justicia internacional, como parecía ser el deseo de Kelsen.

25 Jacques Bernard HERZOG, *Recuerdos del proceso de Nuremberg*, en: www.derechos.org/nizkor/doc/herzog.html. Consultado: 26 de agosto de 2007.

No obstante, Nuremberg es, de cierta manera, una labor inacabada e inesperada del derecho internacional. Es la apertura hacia el establecimiento de una nueva concepción de justicia internacional, con carácter de permanencia y no ocasional.

Pero el reto de la paz internacional, y su conjugación con la jurisdicción, se vincula con la construcción epistemológica de la tolerancia como presupuesto axiológico para entender el marco democrático.

La postulación de la tolerancia como fundamento democrático y orientado hacia la consecución de la paz en el interior de la sociedad, se hace relevante dentro el marco de una doctrina de la filosofía del derecho. Los llamados postpositivistas abarcaron la congregación y preocupación no monodisciplinaria²⁶ sobre el tema, formulando diversas posiciones, que tuvieron como consecuencia fáctica la construcción de sistemas normativos orientados por valores o principios, que se establecen como un paradigma en el actuar jurídico en sí mismo, y en la filosofía política.

Desde este aspecto, John Rawls se instituye como una de las figuras más importantes de la filosofía del derecho contemporánea, al punto que podría aseverarse que Rawls se constituye para la filosofía del derecho, lo que Kelsen, para la teoría jurídica.

Rawls, en su obra *Teoría de la justicia* (1971), procura desarrollar una teoría de la justicia como alternativa a la expuesta por el utilitarismo y una filosofía del derecho opuesta a la guiada por la filosofía analítica. De este modo, se pretende retomar la teoría del

26 Véase, por ejemplo, Carlos María CÁRCOVA, *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009”.

contrato social, asumiendo una posición crítica frente a las postulaciones efectuadas con anterioridad por Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Siguiendo al profesor Oscar Mejía, la reflexión rawlsiana se desarrolla en tres momentos:

Un momento prejurídico-político en el cual se seleccionan los principios de justicia mediante el procedimiento dialógico de igual participación; un momento jurídico-político donde tales principios son desarrollados institucionalmente de forma pluralista y concertada, y un tercer momento postjurídico-político donde la legitimidad moral de la validez jurídico-política de los dos anteriores adquiere consistencia desde la dimensión eficacia. Este último momento implica la contextualización de los principios universales del equilibrio reflexivo y el disenso –dos figuras que permiten mantener siempre abierta la posibilidad de renovación del contrato social–.²⁷

Con todo, se hace un imposible –por cuestiones de espacio, tiempo y requerimientos– ahondar en el rawlsiano en su complejidad. Pero es claro que Rawls abandona la tolerancia como forma de garantizar un orden democrático, de paz y justicia. Rawls, reconociendo expresamente la sociedad como una entidad pluralista, distinta a una comunidad o asociación,²⁸ o en términos del autor, como “[...] un sistema equitativo de cooperación a lo largo del tiempo, de una generación a la siguiente, donde los que participan en la cooperación se conciben

27 Óscar MEJÍA QUINTANA, *Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 20.

28 John RAWLS, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 25-26.

como ciudadanos libres e iguales y como miembros cooperativos normales de la sociedad durante toda su vida²⁹”, establece la sociedad como un conglomerado de doctrinas, asociaciones, comunidades, instituciones que por lo general están con constante contradicción, la cual sólo puede ser subsanada a partir del concepto de consenso. Noción que difiere en su totalidad de la regla de mayorías o de la tesis utilitarista de optar por la decisión que satisfaga a mayor cantidad de personas.

El consenso implica un reconocimiento de las necesidades existentes, y de la opción de construcción de un pensamiento conjunto, desde el “velo de la ignorancia”;³⁰ en dicha posición se hacen ausentes los intereses personales o de la comunidad a la cual se pertenece, para trascender en términos de beneficios para todos y no para algunos.

Si bien la tolerancia en Rawls parece un buen punto de partida, es su construcción y desarrollo, lo que ocasiona la estructuración y el sostenimiento de los sistemas democráticos y la sociedad. La mera tolerancia es comparable con la existencia de un *modus vivendi*,³¹ y deberá llegar al consenso, el cual no se muestra como una aceptación de ciertas autoridades, ni para cumplir con ciertos convenios institucionales, sino que se estructura desde una postura comprometida de los ciudadanos —o sus representantes— como entes libres e iguales, que reconocen la existencia de posturas distintas pero que convergen en su interés de perdurabilidad; y dado el reconocimiento, no existe necesidad de imponer una

29 *Ibid.*, p. 26.

30 *Ibid.*, pp. 39-40.

31 RAWLS, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 148.

sola doctrina ni un Estado totalitario que cercene las libertades ciudadanas.

De este modo, Rawls reconoce que la diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales que se encuentran en las sociedades democráticas no pueden sólo establecer un *modus vivendi*, dado que en cualquier momento el cambio de las circunstancias y la falta de un acuerdo, en unos mínimos respetables de las diferencias de opiniones o creencias, puede desembocar en la pretensión del establecimiento de una doctrina comprehensiva mediante el uso opresivo del poder del Estado, o una disgregación de la sociedad.

El consenso requiere un proceso constante de revisión del contrato originario, de búsqueda de respeto al pluralismo que convergen de forma natural en las sociedades democráticas contemporáneas y el establecimiento de límites a las mayorías. Sólo la construcción de un consenso, habiendo superado las etapas que él requiere, fortalece la idea de democracia y en sí mismo protege la estabilidad de una sociedad donde prime la cooperación social compuesta por hombres iguales y libres. Sólo la protección de los principios de justicia, objeto de consenso, otorga viabilidad a la sociedad política; los cuales deben ser garantizados, con vital importancia, por el Tribunal Constitucional correspondiente, que permite la conjugación en él de la legitimidad y la observancia de validez del ordenamiento, ya que la estabilidad sólo se ofrece desde el consenso entrecruzado y no sólo desde un marco tolerante.

De esta manera, acorde con el pensamiento de Kelsen y la presentación efectuada de Rawls, el asunto de la paz internacio-

nal se considera como una consecuencia paulatina de un Estado internacional.³² Por ello, la labor del derecho internacional y la justicia internacional se encuentra en la compenetración con la credibilidad mundial, que permita hacer que el derecho sea el derecho, y éste sea efectivo. En términos de Ferrajoli:

La efectividad del derecho, en realidad, no radica tanto en el hecho de que no sea violado nunca, lo que resulta inverosímil, dado su carácter normativo, y ni siquiera en el hecho de que su violación se vea acompañada siempre de una sanción. Reside antes y en mayor grado en el hecho de que sus violaciones sean percibidas como tales: es decir, en el sentido común, arraigado y generalizado, del carácter vinculante de las normas y de la ilicitud de su trasgresión.³³

La posibilidad de dichas visualizaciones se logra, tal como lo menciona Hans Kelsen, cuando los tribunales internacionales “mediante sus actividades imparciales, haya conquistado la confianza de los gobiernos”³⁴ y de la ciudadanía, en general, como autoridad imparcial que pueda emplear la fuerza para la protección de los derechos y al mismo tiempo la evolución lenta del mismo, pero sin los traumatismos dentro de un mundo

32 Tal como lo plantea Hans Kelsen, el derecho internacional deberá seguir avanzando para terminar con la organización de poder Ejecutivo centralizado y es que “[...] la organización de un poder Ejecutivo centralizado, el más difícil de todos los problemas de la organización mundial, no puede ser el primer paso, sino sólo uno de los últimos pasos, un paso que en todo caso no puede ser dado con buen éxito antes de que se establezca un tribunal internacional[...]”, en KELSEN, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p. 52.

33 Luigi FERRAJOLI, «La guerra contra Iraq y el futuro del orden internacional», en *No en mi nombre*, Madrid, Trotta, 2002, p. 228.

34 *Ibid.*

multicultural, que bien requiere de la tolerancia para alcanzar el consenso.

Conclusiones

El avance que se ha efectuado durante el presente escrito ha procurado de forma ambiciosa alejarse, de modo implícito, sobre el papel o relevancia de la labor desempeñada por el jurista y teórico Hans Kelsen frente a aquello que se ha conocido regularmente como ciencia normativa. De este modo, poner como punto de inducción la introducción (o reconstrucción) de algunos aspectos históricos y fácticos sobre la lectura e interpretación que se ha efectuado sobre dicho autor, que han generado que fácilmente se aluda a una *mala lectura* o *lectura transformadora*. Parece así, poder aseverarse, con certeza, que no todo aquello que se dice del positivismo jurídico, y de Hans Kelsen como su máximo exponente en el siglo xx, es cierto.

Las posturas reduccionistas e inconclusas frente al positivismo, en diversos contextos, han deformado la recepción de la teoría kelseniana, haciéndola objeto de críticas tan lacerantes como equivocadas –sin querer desconocer aquellas oportunas–. Pese a la anterior circunstancia, la teoría de Kelsen sigue siendo, aún, de importancia, ante el auge de escuelas, posturas y tendencias contemporáneas, que encubren o han querido encubrir sus ansias ideológicas.

Pero el contexto epistemológico kelseniano no se reduce tampoco a una manifestación jurídica de distinción entre el ser y el deber ser, desde la propia perspectiva neokantiana. Su marco de conocimiento se ve diferenciado y reflejado en el ámbito dis-

mil de la política; donde se percibe, fácilmente, su sujeción con la tolerancia, como sustento epistemológico.

En el presente texto se omite el concepto de tolerancia de manera explícita, para acercarse al desarrollo de una noción fáctica o empírica, en términos de la filosofía analítica, es decir, un concepto que no se puede manifestar expresamente pero que si se puede exhibir en las distintas manifestaciones que eleva Kelsen en los textos citados y referidos, y que, además, se compaginan con el desarrollo de la teoría de Rawls, sobre el consenso.

Kelsen no pudiese haber escogido otra concepción en su teoría política. Ella, evidentemente, se enmarca dentro de un siglo de guerras, persecuciones a los judíos, supresiones al multiculturalismo, la imposición de ideologías, entre otros fenómenos apreciables dentro del siglo xx, fácilmente describable como una *expansión e imposición del fanatismo*.³⁵ En este sentido, la tolerancia se postula como un presupuesto para la consecución de la paz como fin del conglomerado social, nacional e internacional. En ella descansa la esperanza de consagraciones jurídicas donde se garantice la autonomía de los Estados –a nivel internacional– y de la personas –en el ámbito interno– que piensen y manifiesten diferente, sin que por ello se pretenda la supresión del otro. En otros términos, la construcción de una marco democrático, lejano al mero mandato de las mayorías.

35 El fanático es el que no admite explicaciones, ni oye razones de los demás. Es el que se cierra mentalmente al diálogo y no admite emocionalmente la posibilidad de estar equivocado. Esta actitud, aunque aparentemente firme, revela más bien una íntima inseguridad y un escondido temor de no tener la razón. Véase: Héctor ABAD GÓMEZ, Manual de la tolerancia, Bogotá, Planeta / Universidad de Antioquia, 2007.

De tal forma, Kelsen termina haciendo una solicitud, que el propio John Locke ya había efectuado, pero haciendo referencia al cristianismo como mayoría:

Pero aun cuando algunos disfracen su espíritu de persecución y crueldad poco cristiana con el pretexto del bienestar público y de la observancia de las leyes, y otros pretendan que con la excusa de la religión queden impunes su libertinaje y licencias, estimo que nadie debe engañarse a sí mismo ni a los otros con razones de lealtad y obediencia al príncipe o de ternura y sinceridad hacia el culto de Dios; y considero que es necesario, por sobre todo, distinguir la esfera del gobierno civil de la esfera de la religión y establecer los límites exactos entre una y otra. Si no se hace esto, jamás tendrán fin las controversias que surgen permanentemente entre los que tienen, o por lo menos pretenden tener, de una parte, una preocupación por los intereses de las almas de los hombres y, de otra, una preocupación por la comunidad.³⁶

Presupuesto de tolerancia, con el cual se observaría que ninguna teoría de la justicia, y menos la nazi, podría ser fundamentada en la percepción del profesor Hans Kelsen.

36 John LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, en: <http://www.hacer.org/pdf/Locke01.pdf> (consultado: 28 sept. 2009).

Bibliografía

- ABAD GÓMEZ, Héctor. *Manual de la Tolerancia*. Bogotá, Editorial Planeta, Universidad de Antioquia; 2007.
- ADOMEIT, Klaus. «El positivismo jurídico en el pensamiento de Hans Kelsen y de Gustav Radbruch. Su significado para problemas actuales de la ciencia jurídica alemana y española». En *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo 1. Barcelona, Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, pp. 25-38.
- ARANGO, Rodolfo. «La Ley de Justicia y Paz en perspectiva iusfilosófica». En revista *Pensamiento Jurídico*, N° 17. Bogotá, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, noviembre-diciembre, 2006.
- . *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires, Eudeba, 1965.
- CALSAMIGLIA, Albert. *En defensa de Kelsen*. <http://www.recercat.net/bitstream/2072/1337/1/ICPS129> Pdf. Consultado: 27 de septiembre de 2009.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post-positivistas*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

- CRACOGNA, Dante. *Cuestiones fundamentales de la teoría pura del derecho*. México, Fontamara, 1998.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 2001.
- DE VEGA, Pedro. «Las modificaciones no formales de la Constitución». En Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 2007, pp. 177-215.
- FERRAJOLI, Luigi. «La guerra contra Iraq y el futuro del orden internacional». En *No en mi nombre*. Madrid, Trotta, 2002.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid, Marcial Pons, 1993.
- . «Defensa de Kelsen frente a ignorantes y cretinos». <http://garciamado.blogspot.com/2008/01/defensa-de-kelsen-frente-ignorantes-y.html>. Consultado: 10 de mayo de 2009.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto y Francisco J. LAPORTA. *El derecho y la justicia*. 2ª ed. Madrid, Trotta / Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2000.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho y filosofía* (comp.), 3ª ed. México, Fontamara, 1999.
- GASIO, Guillermo (1999). «Estudio preliminar». En Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos
- HERZOG, Jacques Bernard. *Recuerdos del proceso de Nuremberg*. En <http://www.derechos.org/nizkor/doc/herzog.html>. Consultado: 26 de agosto de 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoría general de las normas*. Madrid, Trillas, 1994.
- . *¿Qué es la justicia?* Barcelona, Ariel, 2001.

- . *¿Qué es la justicia?* México: Fontamara, 2001.
- . *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México, Fontamara, 2004.
- . *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 1999.
- . «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)». En *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Madrid, Debate, 1988, pp. 109-154.
- . *La paz por medio del derecho*. Madrid, Trotta, 2003.
- . *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, 2ª ed. México, Coyoacán, 2005.
- . *Teoría general del derecho y del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- . *Teoría pura del derecho*, novena edición. México, Porrúa, 1977.
- . *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía* (1977). México, Coyoacán, 2005.
- . *Derecho y lógica*, versión castellana de Ulises Schmill Ordóñez y Jorge Castro Valle. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- LA TORRE, Massimo. *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho*. Madrid, Dykinson, 2008.
- LOCKE, John. Carta Sobre la Tolerancia. En: <http://www.hacer.org/pdf/Locke01.pdf>; (Consultado: 28, sep., 2009).
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*. Bogotá, Legis /

- Universidad Nacional de Colombia / Universidad de los Andes, 2004.
- MANTILLA PINEDA, Benigno. *Hans Kelsen. El jurista del siglo XX*. Medellín: Señal, 2003.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar. «La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas positivistas de superación». En Numas GIL, (comp.), *Filosofía del derecho y filosofía social*, Memorias del Tercer Congreso Nacional. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.
- . *Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- OSSA HENAO, Mario. «Hans Kelsen, el teórico puro». En *Suplemento Literario Dominical* del diario *El Colombiano*, Medellín, 27 de abril de 2003.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites a la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- . (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías. Límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- RAWLS, John. *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona, Paidós.
- . (1966). *Liberalismo político*. México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid, Mc Graw Hill, 1999.

- WALTER, Robert. *Problemas generales de la teoría pura del derecho* (ed.), traducción de Luis Villar Borda. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, 2001.
- . *Kelsen, la teoría pura del derecho y el problema de la justicia*, traducción de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

El problema de de la norma básica en Hans Kelsen. Aporías del positivismo y paradigmas postpositivistas de superación

Oscar Mejía Quintana*

Introducción

Alexy aborda los tres tipos de normas fundamentales de acuerdo a las propuestas de Kant, Kelsen y Hart, respectivamente, en la perspectiva de justificar un concepto de derecho que integre una validez no sólo jurídica, sino social y moral igualmente, y justificar el concepto de derecho que pudiera superar las debilidades de aquellos sobre la norma básica.

En primer lugar, Kant define un tipo de “norma fundamental normativa” cuya obligatoriedad es conocida *a priori* por la razón.¹

* Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Área de Teoría Jurídica. Profesor asociado y director del Departamento de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Filósofo de la Universidad Nacional, M.A. y Ph.D. en Filosofía Moral y Filosofía Política, de la Pacific University (Los Angeles). Posteriormente, adelantó un postdoctorado en Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia.

1 José Luis COLOMER, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Madrid, CEC, 1995.

La legislación positiva debe estar precedida por una ley moral que fundamenta la autoridad del legislador. La norma que precede a las leyes no es sólo un presupuesto epistemológico sino una ley natural. Pese a que la norma fundamental es una norma de derecho natural o de derecho racional existe una prioridad iusracional del derecho positivo sobre aquel. Aunque, desde una óptica contractual, en el estado natural existen ya derechos basados en la razón, la prioridad del derecho positivo no admite el derecho de resistencia, con lo que Kant sucumbe al autoritarismo estatal de su tiempo.²

Kelsen, en segundo lugar, define un tipo de norma fundamental analítica.³ La norma fundamental es una norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico. Kelsen define tres características de la norma fundamental. Es necesaria, por cuanto el cumplimiento de la Constitución supone en el participante su aceptación. Es posible, pese a que no puede ser identificada conforme al orden social y a su eficacia, en tanto hechos empíricamente registrables no pueden identificar plenamente al derecho. Su contenido es neutral, pues no se identifica con ningún valor moral lo que, para Alexy, contradice el argumento de la injusticia que invalida normas extremadamente injustas. En cuanto a sus tareas estas son, esencialmente, la transformación de categorías del ser en deber ser, la determinación de los criterios de hechos creadores de derecho, así como el ser fuente de unidad del sistema jurídico en general, siendo su estatus la de ser presu- puesta, hipotética, sólo pensada y no fundamentada.

2 ALEXY, *op. cit.*, pp. 116-120.

3 *Ibid.*, pp. 96-115.

Hart, en tercer lugar, define un tipo de norma fundamental empírica denominada “regla de reconocimiento” que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus.⁴ La regla de reconocimiento contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas. Tanto en cuanto a la cuestión de su contenido como de su validez, se trata siempre de cuestiones empíricas. Hart infiere la aceptación de la regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Su validez se deriva de su existencia como criterio de práctica jurídica. El argumento deviene circular y la concepción empírica fracasa, según Alexy, en explicar el paso del ser al deber ser jurídico.

De las tres consideraciones sobre la norma básica pueden desprenderse varias conclusiones. Primero, la importancia que la misma tiene para el análisis de un sistema jurídico en cuanto es a partir de ella que se define la validez del sistema en general y de las normas aisladas en particular. Y, segundo, las debilidades –si seguimos a Alexy– de las tres teorizaciones en torno a la misma: la normativa por cuanto amarra la norma básica a un contenido predeterminado hoy en día difícilmente aceptado por el conjunto de sujetos colectivos que constituyen una sociedad sin un procedimiento democrático establecido.

La analítica por cuanto su carácter de vaciedad y supuesta neutralidad desarma al sistema jurídico de sus posibilidades de corrección frente a casos de injusticia extrema, al no ofrecer pautas definidas que permitan superar las antinomias y lagunas del

4 *Ibid.*, pp. 121-130.

campo jurídico. Y la empírica, porque fácilmente puede caer en un círculo vicioso al establecer criterios meramente empíricos de validez de las normas que suponen sin embargo contenidos sustantivos no explicitados.

En cualquiera de los tres casos lo que se pone de presente, más allá de la reflexión de Alexy, es la importancia determinante de la norma básica en la consideración de un sistema jurídico que será lo que intentaré mostrar inmediatamente señalando las aporías del positivismo que, más allá de sus debilidades y aciertos, tienen el mérito de presentar las tensiones que la norma básica conlleva para un sistema jurídico y las connotaciones epistemológicas que supone para su análisis.

Este ensayo busca mostrar que la “norma básica” es la unidad de análisis que la filosofía del derecho puede reclamar para sí y que la misma se constituye, de una parte, en el problema central que la reflexión iusfilosófica debe abordar y, de otra, que ello permite, simultáneamente, esclarecer y concretar su propia definición epistemológica desde una perspectiva transdisciplinaria. La hipótesis de trabajo que este ensayo busca ilustrar es que la norma básica es la unidad de análisis de la filosofía del derecho y que la misma se constituye, de una parte, en el problema central que la filosofía del derecho debe abordar y, de otra, que ello permite, simultáneamente, esclarecer y concretar su propia definición epistemológica.⁵

En ese orden, se abordará aquí el problema que para la teoría jurídica es la norma fundamental, tal como lo ha sabido recoger

5 Jerónimo BETEGÓN, *et al.*, «Validez, eficacia y justicia», en *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, pp. 12-30.

Robert Alexy (1), para después adentrarse en las tensiones y aporías que el positivismo ha puesto de presente sobre la misma, de Weber a Luhmann, pasando por Kelsen y Hart (2), y los intentos de superación de estas tensiones que constituye la teoría de la justicia de Rawls (3), el paradigma interpretativo de Dworkin (4) y, finalmente, la teoría del derecho y la democracia de Habermas (5).

1. Positivismo y norma básica

1.1. Weber: validez y pacto político

El proceso de racionalización occidental, descrito por Weber y reconstruido por Habermas,⁶ se caracterizó históricamente por dos factores que originan el inicio de la desaparición de la sociedad tradicional. En primer lugar, se produjo un desencantamiento de las cosmovisiones tradicionales del mundo, o racionalización de las imágenes del mundo, con el cual las antiguas imágenes cosmológicas (religiosas, metafísicas, sociopolíticas, estéticas) sufren un proceso de sistematización y progresivo horadamiento, perdiendo el poder vinculante y cohesionador que tuvieron en las sociedades tradicionales premodernas. La ética religiosa se ve reemplazada por un punto de vista moral profano y las esferas de valor estético-expresivas, práctico-morales y cognitivo-instrumentales, antaño complementarias entre sí, comienzan a sufrir un proceso de diferenciación y autonomización radicales.

A lo largo de tres siglos, estas imágenes son reemplazadas por un pensamiento crítico –producto del Renacimiento huma-

6 Jürgen HABERMAS, «La teoría de la racionalización de Max Weber», en *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Taurus, 1989, pp. 197-350.

nista, la Reforma protestante y la Ilustración— que disocia las normas, valores y tradiciones que hasta entonces regulaban las relaciones sociales, sometiendo a la sociedad a nuevos imperativos derivados de la dinámica del mercado. Este proceso de “racionalización cultural” tiene como consecuencia el surgimiento de un tipo de acción social diferente al tradicional, caracterizado por una “acción racional con arreglo a fines”, propia de la sociedad capitalista.⁷

Pero el segundo factor es, sin duda, más importante. A través de un proceso de racionalización del derecho, por medio del cual se desacraliza y se profaniza, desligándose del tipo de legitimación simbólico-religiosa premoderna, el derecho deviene el “medio organizador” que posibilita la institucionalización de la acción racional individual en “sistemas de acción racional con arreglo a fines”. A través de la concepción y concreción de estructuras normadoras, el sistema jurídico se constituye en el instrumento que garantiza y legitima el cálculo racional-instrumental y la planeación estratégica, tanto de la sociedad como de los individuos que la componen, en lo que constituye el segundo momento de “racionalización social” del sistema capitalista.

Ambos procesos consolidan una nueva formación económico-social moderna caracterizada por una economía capitalista; un pensamiento crítico, cuyos pilares son la crítica reflexiva, la eliminación del pensamiento generalizante y la profanización de la vida cotidiana; una racionalidad formal, la cual determina un nuevo tipo de acción social con arreglo a fines, orientada al cálculo racional y

7 Ver, igualmente, Enrique SERRANO, «Racionalización y desencanto del mundo», en *Legitimación y racionalización*, Barcelona, Anthropos, 1994, pp. 65-96.

la planeación y realización estratégica de resultados; un Estado burocrático, conformado por funcionarios de carrera y estructurado a partir de una división especializada del trabajo, que optimiza, en un primer momento de su desarrollo histórico, el ámbito económico, surgiendo un nuevo tipo de dominación legal que impone a la sociedad un universo de reglas sistemáticas, abstractas e impersonales.

A esta organización social corresponde un tipo de derecho formal-racional, cuyo objetivo principal es garantizar el mayor grado de racionalidad del proceso económico capitalista: la libertad en el mercado de bienes, la libertad de empresa, el trabajo y la libertad contractual económica, la calculabilidad de las condiciones técnicas de producción, la funcionabilidad del orden jurídico y administrativo, el ofrecimiento de garantías de imparcialidad y cumplimiento de pactos políticos y el ordenamiento del sistema monetario, entre tantos otros.⁸ Esto supone un cambio cualitativo en el derecho, a partir del desarrollo de dos rasgos esenciales: de una parte, el formalismo jurídico y, de otra, el procedimentalismo procesal que, en conjunto, distinguirán de manera sustancial al derecho moderno del derecho antiguo y medieval, constituyéndose en el instrumento organizador del capitalismo moderno.

El proceso de racionalización cultural, determinado en un primer momento por el desencantamiento de las imágenes tradicionales del mundo, desemboca, en un segundo momento estructural, en un desencantamiento de las vías jurídicas y un proceso de racionalización del derecho. El derecho supera el formalismo má-

8 *Ibid.*, p. 84.

gico de los procedimientos jurídicos por procedimientos de indagación con base en recolección de pruebas y constatación de hechos. Igualmente, el cuerpo jurídico-positivo comienza a inspirarse en nociones de libertad y responsabilidad, superando los contenidos arbitrarios y personalizados del derecho sacro. Ello va aparejado con una sistematización del derecho, lo cual supone su jerarquización y positivización a partir de principios y leyes generales y su aplicación a casos concretos, así como la distinción de las normas jurídicas de las normas sociales de otro tipo, como las morales, en especial.⁹

Posterior al desencanto de las vías jurídicas, un segundo momento estará representado por la desacralización del derecho¹⁰ una etapa cualitativamente superior donde el derecho adquiere características modernas, orientadas a garantizar la funcionalidad sistémica del capitalismo, a saber: la positividad de la ley, la legalidad de la misma, lo que implica la penalización de lo prohibido legalmente y la permisión de lo no prohibido legalmente, y, por último, la sujeción a un Estado de derecho.¹¹

Esto desemboca en el tercer momento estructural del desarrollo del derecho en el cual este deviene el *medio organizativo de la sociedad capitalista moderna*, gracias a los siguientes rasgos: en primer lugar, posibilitando la institucionalización de la acción racional con arreglo a fines a través de sistemas de acción racional

9 *Ibid.*, p. 53 y ss.; ver también, HABERMAS, «Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad», en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 131-149.

10 HABERMAS, «La equívoca racionalización del derecho», en *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, Buenos Aires, Taurus, 1989, pp. 330-350.

11 Fernando DE TRAZEGNIES, «Modernidad y derecho», en *Postmodernidad y derecho*, Bogotá, Temis, 1993, pp. 15-18.

con arreglos a fines, normados jurídicamente, que materializan la racionalidad cognoscitivo-instrumental de la sociedad capitalista; segundo, propiciando la sistematización y profesionalización de los preceptos y el manejo jurídico-legal; tercero, determinando la separación de los sistemas de acción racional con arreglo a fines de sus fundamentos práctico-morales, como ocurría con el derecho sacro en las sociedades tradicionales premodernas; y cuarto, propiciando, gracias a ello, un nuevo tipo de legitimidad legal-racional, propia de la Modernidad.¹²

El proceso de racionalización capitalista, sin embargo, comporta dos patologías no previstas: de una parte, la pérdida de sentido colectivo y, de otra, la pérdida de libertad individual. En el primer caso, la comunidad, ante la desaparición de sus tradiciones culturales, se ve obligada a refugiarse en una razón subjetiva, sin referentes sociales sustantivos y, en el segundo, el individuo tiene que someterse a un andamiaje de leyes y normas que, si bien garantizan el desarrollo racional de la sociedad, lo encierran lentamente en una “jaula de hierro” donde pierde la “espontaneidad” de su libertad personal.¹³

Ante el desencantamiento simbólico de la realidad y la desacralización del derecho, la legitimidad legal-racional sobre la que reposaba la justificación pública de la sociedad deviene, en una singular paradoja, una fe en la legalidad, que la sociedad se ve compelida a asumir para justificar los procedimientos a los que se encuentra sometida en aras de la racionalización socio-cultural

12 HABERMAS, *op. cit.*, pp. 330-350.

13 Ver, en general, sobre este proceso de horadamiento de la sociedad tradicional, HABERMAS, «Ciencia y técnica como ideología», en *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 53-112.

capitalista.¹⁴ Esta fe en la legalidad, expresión del nuevo politeísmo de la sociedad contemporánea, ya no puede tener su fundamento de justificación procedimental en sí misma, como supuestamente debía tenerlo. Tiene que buscarlo en el pacto de interesados, el pacto político de la sociedad que, a su vez, debe cumplir dos condiciones: ser imparcial y cumplir una pretensión de universalidad. De no cumplir estas condiciones el pacto de interesados se desmorona y, con él, la fe en la legalidad, la validez –ideal y empírica– del derecho formal y, en general, toda la sociedad capitalista.

Weber pone así de presente una de las aporías sustanciales del positivismo que se mantendrá en un primer momento de su desarrollo. La validez del derecho formal de la que en últimas dependía el nuevo tipo de legitimidad legal-racional termina pendiendo, no del derecho, sino del pacto político. El positivismo revela su limitación estructural en cuanto muestra que, en el marco de las patologías y contradicciones del capitalismo occidental, la validez del derecho está determinada no por sí misma sino por el pacto político de donde deduce su legitimidad. La pregunta que se impone es, entonces, en qué instancia de un sistema jurídico se concentra el punto de encuentro con el sistema político y en qué términos y desde donde se puede estructurar la relación entre validez y legitimidad.

1.2. El problema de la norma básica

1.2.1. Kelsen y la norma fundamental

La teoría kelseniana sobre la norma básica tiene su principal expresión en la *Teoría pura del derecho*, en cualquiera de sus dos ver-

14 E. SERRANO, *op. cit.*, *Legalidad y legitimidad*, pp. 97-135.

siones, la de 1934¹⁵ y la de 1960.¹⁶ Kelsen intenta superar lo que se llamaría la antinomia jurídica que para él consistía en hacer depender la validez del derecho ya del sustento ético de la norma, ya de la eficacia de la misma. En otras palabras, lo que Kelsen quería superar era, de una u otra manera, tanto la concepción iusnaturalista como la realista sobre la validez del derecho.

En ese propósito, Kelsen retoma la pregunta de su maestro Kant y la aplica al campo del derecho: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad del conocimiento y la experiencia jurídicos? En una estrategia análoga a la kantiana en la *Crítica de la razón pura*, Kelsen considera dos condiciones *a priori* del conocimiento jurídico: la primera, la existencia de un sistema jurídico de estructura piramidal y, de otra, condición a su vez de la primera, una norma fundamental, fuente de validez de todo el sistema, que Kelsen concibe como condición lógico-epistemológica del sistema. Es decir que, en últimas, la norma fundamental es concebida como una especie de condición vacía que concreta igualmente los dos postulados básicos de la teoría kelseniana: la pureza metódica y la neutralidad axiológica.¹⁷

Pero ya desde un comienzo la norma fundamental revela sus limitaciones y contradicciones.¹⁸ En efecto, Kelsen la define como una norma hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de voluntad y, por tanto, no tiene contenido material. Pero

15 Ver la traducción de la versión francesa de 1953, fiel a la versión original de 1934, KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1994.

16 Ver la traducción de la versión de 1960, KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1997.

17 Eusebio FERNÁNDEZ, «Derecho y moral en H. Kelsen», en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, pp. 50-63.

18 KELSEN, «La norma fundamental», en *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 138 y ss.

parte de sus tareas son la de transformar categorías del ser al deber ser jurídico, así como determinar criterios creadores de derecho, además de ser fuente de unidad, completud y coherencia del sistema jurídico en su conjunto.¹⁹ La cuestión que se evidencia es de qué manera una norma sin contenido material puede, efectivamente, cumplir esas tareas que suponen, precisamente, definir con claridad un contenido sustantivo de la misma que posibilite la transformación de normas del ser en deber ser jurídico.²⁰

Como lo señala Robert Walter, aquí es donde la teoría de la norma fundamental kelseniana se revela como el “punto arquimédico” del sistema jurídico y donde se presenta la tensión de la naturaleza real de la misma: ¿es la norma fundamental una norma jurídica o es, por el contrario, extrajurídica, es decir, moral o política?²¹ Al ser la norma concebida como condición lógico-epistemológica del sistema jurídico, esta no tiene que tener congruencia con la eticidad de la ciudadanía cuya conducta pretende regular. Siendo así, de una parte su legitimidad es solamente procedimental y de otra su eficacia solo puede residir en la coacción pues no se requiere ni de la aceptación política de la misma por parte de la ciudadanía ni tiene que ser congruente mínimamente con la identidad de la comunidad que quiere regular.²²

19 Norberto BOBBIO, «La unidad del ordenamiento jurídico. La teoría kelseniana de la norma fundamental», en *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pp. 202-205.

20 Norbert HOERSTER, «Acerca del problema de una validez absoluta de las normas», en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 168-190.

21 Robert WALTER, «Origen y desarrollo de la idea de la norma fundamental», en *Problemas centrales de la Teoría pura del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 67-96.

22 Peter HÄBERLE, *Constitución como cultura*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Externado de Colombia, 2002.

Como es sabido, el genocidio nazi compele a Kelsen, víctima del régimen nacionalsocialista, a replantear su teoría del derecho. En 1960 aparece la segunda versión de la *Teoría pura del derecho* donde es evidente un giro sustancial: a diferencia de la de 1934, el juez aquí aparece como creador de derecho, no sólo de normas generales sino particulares, de una parte y, de otra, se morigera la vertical afirmación de la inexistencia de lagunas y antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en casos de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi, volver a revivir tales crímenes dotando al sistema jurídico de una instancia de corrección –al menos en la figura del juez– que pudiera evitarlo.²³

Pero el giro de Kelsen, al no ir acompañado de un cambio en su doctrina de la norma fundamental que se mantiene anclada a la de ser una condición lógico-epistemológica de validez del sistema jurídico, lanza la teoría del derecho kelseniana en brazos, de una parte del realismo, ya que el juez es ahora concebido como creador de derecho, pero también, indirectamente, del iusnaturalismo en cuanto que el juez tendrá que acudir a su propio espectro de valores para evitar que el sistema jurídico llegue a extremos de máxima injusticia.²⁴

Tal vez sea en buena parte por todas estas inconsistencias de su teoría de la norma fundamental que, en 1962, dos años después

23 KELSEN, «La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica», en *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1997, pp. 258-264.

24 *Ibid.*, «El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica», pp. 201-231.

de la publicación de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen, en conferencia pronunciada en Salzburgo, decida abjurar de su doctrina y reconocer que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como la fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógico-formal:

He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar... que a esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mí fácil renunciar a una teoría que yo he representado por decenios... He renunciado a ella en el convencimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer.²⁵

Y aquí vale la pena retrotraerse a un texto que sirve de base a la primera edición de la *Teoría pura del derecho* del año 1934 y que, sin duda, lleva la impronta de la discusión con Pashukanis,²⁶ el teórico marxista del derecho.²⁷

The question arises: what accounts for the content of the basic norm of a certain legal system? Analyzing the ultimate presupposition of legal judgment shows that the con-

25 Citado en CRACOGNA, Dante. «La norma básica en el último Kelsen», en *Cuestiones fundamentales de la teoría del derecho*, México, Distribuciones Fontamara, pp. 63 y ss.

26 Evgeni PASHUKANIS, *Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Labor, 1976; ver también Remigio CONDE SALGADO, *Pashukanis y la teoría marxista del derecho*, Madrid, CEC, 1989.

27 Sobre la polémica entre Kelsen y Pashukanis, ver Norbert REICH, «Hans Kelsen y Eugeny Pashukanis», en *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 19-49.

tent of the basic norm depends on a certain material fact, namely, the material fact creating that system....²⁸

Aquí sí, expresamente, Kelsen defiende el contenido material de la norma fundamental que, de mantener así, no sólo le hubiera evitado tan radicales giros que, a mi modo de ver, dan al traste con la teoría kelseniana sobre la norma fundamental, sino que desarma a todo sistema jurídico pero, en especial al positivismo de instrumentos de corrección o, como sabrá verlo Hart, incluso de la posibilidad de resistencia legítima al derecho. Imposibilidad que Kelsen había heredado del contractualismo de Kant y su defensa formal y formalista de la obediencia absoluta al derecho.

En efecto, el no reconocer el contenido material de la norma fundamental tiene dos órdenes de consecuencias para la teoría kelseniana: la primera, que la legitimidad tiene que ser meramente procedimental ya que, al ser vacía, no requiere la norma básica ningún tipo de congruencia con la eticidad que busca regular. Y que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta y descansa básicamente en la coacción y no en el reconocimiento a la autoridad de la misma. Y, segunda, que el juez, al no poder acudir a un contenido específico de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias del sistema jurídico, dada su vaciedad, tiene que acudir o a su propio catálogo de valores, recayendo en

28 “[...] Surge la pregunta: ¿cómo se explica el contenido de la norma fundamental de un sistema jurídico determinado? Analizar el presupuesto final de la resolución judicial muestra que el contenido de la norma de base depende de un hecho determinado material, a saber, el hecho material de la creación de ese sistema...”. KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 59, que sirve de base a la edición de la *Teoría pura del derecho* de 1934.

el iusnaturalismo, o a su discrecionalidad subjetiva, recayendo en el realismo.

De ahí que no sea extraño el que Kelsen abjure de su teoría, por las contradicciones que la doctrina de la norma básica generaba en su interior. Pero, al menos, tiene la valentía de reconocer sus aporías, evidenciando con ello no sólo una honestidad intelectual que pocos autores poseen sino poniendo de presente las tensiones al interior del positivismo kelseniano que Hart intentará resolver. Tensiones que se manifiestan, precisamente, en las ambivalencias que la norma fundamental supone, sin explicitar, entre las dimensiones política, moral y jurídica que aparentemente convergen en ella.

1.2.2. Hart y la regla de reconocimiento

La teoría hartiana parte de lo que Hart llama “las perplejidades de la teoría jurídica” que, en lo fundamental, consisten en tres: la reducción del derecho a órdenes respaldadas por amenazas, la separación entre derecho y moral y la consideración axiomática del derecho.²⁹ El libro de Hart intentará dar respuesta a estas tres perplejidades del pensamiento jurídico contemporáneo que son, a su vez, las principales debilidades en la consideración epistemológica que el positivismo ha hecho de los sistemas jurídicos.³⁰

Para resolver la primera perplejidad Hart acude a una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Las primeras son reglas de obligación, propias de sistemas jurídicos primitivos

29 H.L.A. HART *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

30 Ver «Preguntas persistentes», *ibid.*, pp. 1-22.

o prejurídicos, de carácter estático, que no contemplan el consentimiento deliberante de los afectados sino que se imponen en su inmediatez por la fuerza. Este nivel se identificaría con lo que puede denominarse “órdenes respaldadas por amenazas” que, sin embargo, adolecerían de tres defectos: primero la falta de certeza sobre la eficacia de su aplicación; segundo, el carácter estático que las distingue para acomodarse a nuevas circunstancias; y, tercero, la difusa presión social que suponen.

En vista de todo ello, Hart propone que el remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma simple de estructura social consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo distinto.

Estas reglas tienen como funciones específicas subsanar los defectos de las reglas primarias. El complemento para la cualidad estática del régimen de reglas primarias consiste en lo que Hart llama “reglas de cambio”, que facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo y a dejar sin efecto las reglas anteriores. El complemento para remediar la insuficiencia de la presión social difusa consiste en establecer reglas secundarias de adjudicación que definen conceptos y confieren potestades jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre normas.³¹

Pero la más importante es la tercera, concebida para remediar la falta de certeza de un sistema prejurídico: esta es la denominada “regla de reconocimiento” que caracteriza el paso del

31 Per MAZUREK, «Teoría analítica del derecho», en Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 275-286.

mundo prejurídico al jurídico y que permite definir la identificación incontrovertible de las reglas primarias. Es ésta la que introduce, no sólo la noción de un sistema jurídico unificado y, en ese orden, la idea de validez jurídica. La combinación de reglas primarias de obligación con reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación constituye la médula del sistema jurídico y una poderosa herramienta de análisis.³²

Para evitar el carácter difuso de la norma fundamental kelseniana que, como hipotética y no pensada, no da claridad sobre la validez o no de las normas específicas, Hart acude a una interesante precisión que busca determinar el carácter empírico de la regla de reconocimiento —no meramente como condición lógico-epistemológica— y que es la de ser expresión del punto de vista interno de un sistema jurídico. En efecto, como regla de tanteo y para superar la ambigüedad lingüística natural del derecho, Hart acude a una noción de reconocimiento que, en la tradición analítica, intentará definir la validez de las normas acudiendo a la práctica que, comunicativamente, expresa a diario ese punto de vista interno sobre las normas que pertenecen o no a un sistema jurídico y que está encarnado en los operadores jurídicos de ese sistema. Son ellos quienes en sus prácticas y usos lingüísticos determinan y definen cuáles son las normas válidas a partir de esa regla de reconocimiento que todos aceptan como regla última y criterio supremo del sistema.³³

32 José Antonio RAMOS, «La doctrina de la regla de reconocimiento», en *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 135-180.

33 *Ibid.*, «La doctrina de la regla de...», pp. 125-137.

Pero la regla de reconocimiento proyecta dos frentes problemáticos. El primero es que, aunque el punto de vista interno predica la validez de las normas y su pertenencia al sistema, este supone un punto de vista externo que es el que predica la legitimidad y eficacia general del sistema. En otras palabras, queda claro que el punto de vista interno define empíricamente la validez pero no la legitimidad ni eficacia del sistema que depende en últimas de un punto de vista externo al mismo, es decir, de un observador del sistema jurídico determinado. Con ello Hart, aunque desborda la indefinición de la norma fundamental kelseniana, no supera la tensión planteada por Kelsen entre validez y eficacia, si bien rebasa la noción formalista-procedimental de legitimidad sobre la que descansaba, además, la imperatividad coactiva de la norma y el rechazo a cualquier posibilidad de desobediencia al derecho.

El segundo frente hace referencia a la segunda perplejidad de la que habla Hart al inicio de su libro y que remite a la necesidad de replantear la relación entre derecho y moral. Para evitar el absurdo conflicto entre derecho y moral que en Kelsen desemboca en la negación de la moral y la prevalencia coactiva del derecho, lo que lo reduce a órdenes respaldadas por amenazas, Hart —en una genial alternativa que más tarde será replicada por Habermas— y para evitar recaer en una postura premoderna de identificación entre el derecho y la moral, recurre a considerar la necesidad de una relación congruente entre ambos sistemas que, al no poder ser horizontal tiene que fundarse en un sustrato común al que ambos sistemas normativos tengan que responder: el del derecho mínimo natural.³⁴

34 *Ibid.*, «El contenido mínimo del derecho natural», pp. 239-247.

Para Hart debe existir, de alguna manera, una concordancia entre el sistema jurídico y el sistema moral, pese a su mutua y recíproca irreductibilidad, dada la naturaleza normativa de ambos sistemas. Cuatro características distinguen la relación entre derecho y moral: primero, la observancia de normas morales es más importante que la observancia de normas jurídicas; segundo, las normas morales son inmunes a los cambios deliberados, como no pueden serlo las jurídicas; tercero, el carácter voluntario de las transgresiones morales es diferente al de la transgresión jurídica; y, cuarto, la forma de presión moral es diferente a la coacción en el derecho.

De lo anterior se desprende, incluso, una cierta preponderancia de lo moral sobre lo jurídico, que no debe confundirse con una determinación de la moral sobre el derecho, ni mucho menos con una identificación entre ambos, pero que sí obliga a reconocer la necesidad de que el derecho mantenga una relación de concordancia con la esfera moral. Esta relación viene determinada por lo que Hart denomina “un derecho mínimo natural” al cual las normas jurídicas deben adecuarse para ser socialmente reconocidas y subsumidas pues, de lo contrario, pese a su validez jurídica, intrasistémica, y su eventual eficacia y funcionalidad, carecerían de justificación moral, también necesaria para ser plena e integralmente reconocidas como válidas.

Hart sintetiza en cinco principios el contenido de este derecho mínimo natural, cuyo objetivo es hacer congruentes las verdades elementales de la dimensión moral con las reglas de conducta universales de la dimensión jurídica. Tales principios son: primero, dada la vulnerabilidad de la existencia humana, el de no matar; segundo, considerar una igualdad aproximada entre los hombres para lograr

una relativa estabilidad institucional; tercero, reconocer la necesidad de un egoísmo restringido, sin lo cual es imposible cualquier equilibrio social; cuarto, aceptar que, dados los recursos limitados existentes, se hace necesaria una cierta forma de propiedad; y, quinto, el requerimiento de un orden jurídico coactivo que garantice la obligatoriedad de la voluntad general de los asociados.³⁵

Hart complementa ello señalando una serie de aspectos que, desde la esfera política del poder, tendría que contemplar el derecho en su relación con la moral, a saber: primero, la autoridad moral que debe comportar el poder; segundo, la influencia de lo moral sobre el sistema jurídico y la susceptibilidad de crítica moral al sistema jurídico; tercero, la dependencia axiológica de la interpretación constitucional; cuarto, la exigencia de justicia de las normas legales y, finalmente, la resistencia a la validez jurídica que no cumpla unos mínimos morales. Lo cual acentúa la imposibilidad de desconocer, como lo pretendía Kelsen, la dimensión no sólo moral sino política que el derecho debe connotar, sin identificarse con aquellos.

Hart acepta la necesidad de ese derecho mínimo natural como elemento extrasistémico de corrección moral para lograr un sistema jurídico íntegro, pero “laicizando” su contenido y despojándolo de todo tipo de connotaciones fundamentalistas premodernas, fiel a la tradición empirista y analítica inglesa. Pero en el momento en que, adoptando la diferenciación de Dworkin, se presentan casos difíciles al interior de un sistema jurídico, en especial casos que comprometan ese derecho mínimo natural, tendríamos que reconocer que, al decidir en derecho, el juez se vería

35 Ver E. FERNÁNDEZ, «El contenido mínimo del derecho natural», en *op. cit.*, pp. 70-75.

obligado a remitirse a los mismos en tanto punto de vista interno del sistema y, en ese orden, habría que aceptar que la regla de reconocimiento sí supone principios morales de algún tipo y, en consecuencia, que es normativa no sólo en sentido moral sino también jurídico y que no es meramente empírica como lo pretendía Hart.³⁶ Con lo que se siguen evidenciando las aporías y tensiones del positivismo que si bien Hart supera en unos aspectos en relación a Kelsen, abre en otros con su reconceptualización de la norma básica en términos de regla de reconocimiento.

2. La validez autorreferencial

2.1. Luhmann: validez autopoiética

Según Luhmann, una teoría jurídica de carácter sistémico debe enfrentar, más que el problema de la funcionalidad, el de la reducción de complejidad de los sistemas sociales.³⁷ Esto significa que la validez del derecho depende de un proceso de decisión socialmente controlable, el cual reduce las posibilidades a una medida válida organizada y efectuada explícitamente a través de las normas permitiendo así una reducción más eficaz de la complejidad social.³⁸

El derecho positivo es comprendido como el derecho determinado por legislación, cuya validez se deriva del hecho de

36 Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, «Las tesis de H. L. A. Hart», en *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 238-244.

37 Pilar JIMÉNEZ ALCOCER, «La adecuada complejidad del sistema jurídico: la justicia», en *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, J. M. Bosch (ed.), 1993, pp. 283-293.

38 Niklas LUHMANN, *Organización y decisión. Autopoiésis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona, Anthropos, 1982.

que puede ser cambiado de acuerdo a sus propios procedimientos preestablecidos.³⁹ En esa línea, los desacuerdos normativos son manejados de diferentes maneras: en el Legislativo son canalizados a través del conjunto difuso de argumentos encontrados, conciliados en el momento de su promulgación. En el Judicial, por medio de lo ya promulgado, al ser aplicado a casos específicos.⁴⁰

El sistema judicial actúa para limitar el rango de derecho válido creado por el Legislativo con el fin de asegurar su propia estabilidad. La legislación puede constituir un exceso de variedad sistémica, frente a lo cual la función de la revisión judicial es equilibrar ello.⁴¹ La constricción jerárquica es la forma en que el nivel superior corrige el desequilibrio del inferior y se expresa en la existencia de diferentes niveles del sistema en general. La estructura normativo-jurídica de una sociedad es jerárquica en diferentes niveles. Cada nivel constriñe la complejidad del nivel anterior para mantener la estabilidad. Al mismo tiempo, cada uno emerge del nivel inferior. El sistema jurídico escoge las posibles normas que pueden ser usadas en la interacción normativa de la sociedad para estabilizarlas contrafácticamente y, gracias a ello, que no dependan del arbitrio de nadie en especial.⁴²

39 LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, CEC, 1974; también, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1985.

40 LUHMANN, «Intersubjetividad o comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción sociológica», en *Complejidad y modernidad*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 31-50.

41 LUHMANN, «Structural Variation», en *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge & Kegan Paul, 1985, pp. 185-193.

42 BOBBIO, «Elaboración gradual del ordenamiento», en *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 161-165.

El nivel más bajo del sistema lo constituyen los individuos o roles que, por supuesto, es el más expuesto a una variedad incontrolada. Para constreñir esta variedad el siguiente nivel está definido por las reglas o leyes de una comunidad jurídica. El abanico de leyes provee un sustrato normativo común a la sociedad que permite reducir el exceso de variedad.⁴³ Existen dos criterios para constreñir el ejercicio de las leyes. Primero, tal constricción debe encausar las incongruencias que ponen en cuestión la administración de la ley. Segundo, la constricción debe orientarse a la aplicación de las leyes y no a su creación.

La revisión judicial expresa este imperativo en el derecho moderno positivo. Su principal mecanismo es el precedente legal. Este limita la interpretación de las leyes a estándares examinados y probados como aceptables. La revisión judicial constituye el más alto nivel de constricción del sistema legal, que opera sobre la administración de las leyes, para mantener la estabilidad en torno a la variedad de interpretaciones posibles.

La revisión por sí sola no es suficiente: debe ser a su vez constreñida por un nivel más alto de valores. Este nivel luhmanniano de valores corresponde al de los principios legales de Dworkin, a saber: primero, el de que toda decisión debe tratar a todos los ciudadanos como iguales, susceptibles de ser tratados equitativamente con igual preocupación y respeto. Esta aplicación equitativa hace legítima la decisión del juez y, por el contrario,

43 Todo esto responde al proceso de constitucionalización del derecho que caracteriza el fin de siglo, tal como lo presenta Gustavo Zagrebelsky, «Los caracteres generales del derecho constitucional actual», en *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 9-20.

la aplicación inequitativa la hace ilegítima. Segundo, el de que si una decisión política es tomada y anunciada como que respeta la equidad, cumpliendo la exigencia del primero, entonces un cumplimiento posterior de tal decisión no es ya una decisión política que tenga que ser igual en su impacto, sino una decisión jurídica cuyo objeto es la reducción de complejidad social.⁴⁴

En esa dirección, Luhmann –como Dworkin– se interesa, no por principios éticos, morales o de justicia material, de carácter extra-sistémico, sino por los principios sistémicos que los jueces pueden utilizar para hacer válidas y legítimas sus decisiones. Los principios son el más alto nivel de un sistema legal. La posibilidad de corrección moral no es un problema de contenido material ni tiene que ver con lo que las personas crean de la ley: se reduce, pues, a la equidad del procedimiento. Tales principios legales emergen como respuesta a la incongruencia de las leyes al ser aplicadas a casos concretos.⁴⁵

En síntesis, el derecho, en cuanto sistema prototípico, ambienta jurídicamente la autorreferencialidad de los sistemas sociales, garantizando procedimentalmente tales características en cada uno y asegurando para la sociedad en su conjunto, su autoadaptación a su propia complejidad.⁴⁶ El derecho se convierte

44 Sobre la decisión judicial y sus connotaciones ver Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989; *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992; *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993; y finalmente, *La comunidad liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1996.

45 Para una visión crítica de la decisión judicial: ver Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Cambridge: Harvard University Press, 1997. Igualmente John H. ELY, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes, 1997.

46 Juan GARCÍA AMADO, «Un sistema prototípico: el sistema jurídico», en *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado, Serie Teoría Jurídica, N° 5, 1997, pp. 168-184.

en procedimiento sistémico y la validez y legitimidad del mismo no requiere una fundamentación ética, contractual o discursiva.⁴⁷ Aunque es un subsistema más del macrosistema, de él dependen la totalidad de procesos sistémico-funcionales que garantizan la autoadaptación del sistema a su complejidad creciente, a través de procedimientos de todo orden, regulados institucionalmente en términos jurídicos, para que cada sistema social asegure su objetivo sistémico de autoadaptación, sin necesidad de acudir a justificaciones intersubjetivas.

El procedimiento sistémico-funcional deviene derecho y el derecho se reduce al procedimiento sistémico-funcional, sin contemplar la posibilidad de argumentos de corrección de ningún tipo a su interior, a no ser los que su misma sistematicidad requiera y permita para autoprocesalizar su propia complejidad. La noción de norma básica que se infiere de Luhmann es la de unos principios sistémicos cuyo rol es, en últimas, permitir la reducción autopoietica de complejidad del sistema jurídico sin necesidad de acudir a elementos externos al mismo. De la teoría de Luhmann se infiere, claramente, el rol sistémico que los principios juegan para un sistema jurídico en el marco de una sociedad global.

Sin necesidad de acudir a un código moral paralelo que obstaculizaría el rol sistémico del código binario jurídico, Luh-

47 Sobre la polémica entre J. Habermas y N. Luhmann en torno a este punto consultar Ramón SORIANO, «La teoría comunicativa y la teoría sistémica», en *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 153-168. Ver, además, HABERMAS, «El concepto sistémico de ideología y la teoría de sistemas como nueva forma de ideología», en *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, pp. 380-402.

mann señala la necesidad del sistema para determinar sus principios lo que, de alguna forma, coadyuvaría al código binario en su función de clausura operativa ante el entorno y, al mismo tiempo, apertura cognitiva al mismo. La norma fundamental juega así un rol eminentemente sistémico. Llevando a Luhmann a sus límites, podríamos decir que el contenido sistémico de la misma serían estos principios cuyo rol es el de afinar y calibrar el filtro del código binario legal-ilegal que, posibilitando la apertura y clausura ante el entorno, garantice la reducción efectiva de complejidad del sistema jurídico, principal función del mismo.

2.2. Teubner: validez autorreferencial

En una línea similar, Gunter Teubner complementará la propuesta de Luhmann planteando la necesidad de concebir el derecho como un hiperciclo autopoietico fundado en una validez autorreferencial.⁴⁸ Esta validez autorreferencial expresa, precisamente, dos situaciones de un sistema jurídico determinado. De una parte, constituye el punto de desarrollo genético más elaborado logrado por un sistema jurídico, en cuanto que logra liberarse de los anclajes e imperativos sociales inmediatos que amarran a un sistema jurídico y que, como diría Luhmann, emplazan su eje de decisión en el entorno antes que en sí mismo.⁴⁹

48 LUHMANN, «El derecho como sistema social», en revista No Hay Derecho, N° 11, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1994, pp. 29-33.

49 Gunter TEUBNER, «Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno», en *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2000, pp. 81-152.

En esa dirección, Teubner define tres momentos en el desarrollo de un sistema jurídico. El primero es el que denomina el del derecho socialmente difuso, donde los procesos e instancias jurídicas se encuentran atravesados por los procesos e instancias sociales que pretenden regular. Es el momento donde las normas de la tradición se confunden todavía con las normas prejurídicas, sin lograr ningún nivel de autonomía. En un segundo momento, el del derecho parcialmente autónomo, el sistema jurídico logra diferenciar sus instancias, pese a que mantiene su anclaje con la comunicación societal. Pero ya aquí surgen como esferas semiautónomas las del procedimiento jurídico, el acto jurídico, la norma jurídica y la doctrina jurídica.

Finalmente, en un tercer momento, el del derecho autopoietico, el sistema jurídico se autonomiza constituyendo un hiper-círculo autopoietico y desligándose en su inmediatez de los imperativos sociales de reducción de complejidad social. Es el momento donde el derecho, al reducir su propia complejidad gracias a ese proceso de autonomización logrado, reduce complejidad de la sociedad indirectamente. La reducción de complejidad social depende, por tanto, de la capacidad del sistema jurídico de reducir su propia complejidad.

Pero, ¿cómo se logra ese proceso de reducción de complejidad del sistema jurídico? Aquí es donde entra en juego el concepto de validez autorreferencial. El derecho como sistema autopoietico supone un proceso que Teubner descompone en ocho momentos, a saber: 1º, momento de la autoobservación, es decir, la operativización de procesos sistémicos; 2º, la autodescripción,

en tanto cristalización de procesos jurídicos; 3º, la autoorganización en cuanto edificación de estructuras sistémicas propias; y, 4º, la autorregulación como variante dinámica de la anterior. Para Teubner, los cuatro momentos anteriores corresponden a lo que en Hart son las reglas primarias, las reglas secundarias y, especialmente el momento de la autoorganización, el de la regla de reconocimiento.⁵⁰

Solo cuando un sistema jurídico ha determinado con claridad su regla de reconocimiento, es decir, el momento de autorregulación en tanto variante dinámica que posibilita su autoorganización, en palabras de Hart, la definición de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico como regla última y criterio supremo para la pertenencia de reglas primarias (y secundarias) válidas, logra el sistema jurídico autonomizarse autopoiéticamente y continuar su proceso en orden a completar su ciclo autopoiético.⁵¹

En esa dirección, los siguientes momentos estas configurados por, 5º, la autoproducción en cuanto organización sistémica de flujos internos y externos; 6º, la autorreproducción, como autorregulación espontánea de la autoproducción; 7º, la autoconservación, entendida como la mediación del encadenamiento hipercíclico de circuitos autoproductivos del sistema jurídico y, por último, 8º, el momento de autopoiésis que garantiza sistémicamente el hiperciclo en su totalidad dinámica como un

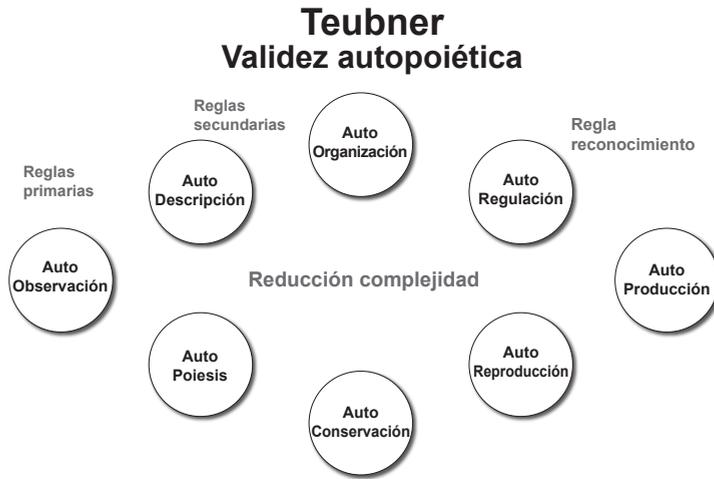
50 TEUBNER, «La nouvelle auto-referentialité», en *Le Droit: un Systeme Autopoiétique*, París: PUF, 1993, pp. 25-42.

51 Alfred BÜLLESBACH, «Enfoques de teoría de sistemas», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 327-328.

flujo autorregulado. En este último, podríamos decir, la validez autorreferencial del derecho queda asegurada, logrando con ello reducir complejidad jurídica y, por su intermedio, reducir complejidad social.

Como debe quedar claro, es sólo cuando el sistema jurídico determina su regla de reconocimiento que el hiperciclo autopoietico puede dinamizarse, y pasar a una segunda etapa que permita completarlo. Esa regla de reconocimiento es, siguiendo a Luhmann, la definición de los principios sistémicos que regulan un sistema jurídico y sin los cuales ni se completa la estructura normativa –jurídico-social podríamos decir– que garantiza la reducción de complejidad jurídica, ni se asegura la reducción de complejidad social que permite la adaptación de la sociedad a su propia complejidad.

Como vemos, tanto por las tensiones que pone de manifiesto como por las soluciones que propone en su versión autopoietica, el positivismo evidencia la importancia que la norma básica tiene para el sistema jurídico. En primer lugar, muestra el rol sistémico que posee para un sistema jurídico en cuanto su papel como reductor de complejidad no sólo jurídica sino social. Aunque no lo evidencie de la manera en que lo pondrán de manifiesto autores como Rawls y Habermas, especialmente, la versión autopoietica señala lo que ya en Weber y Kelsen se intuía: que la norma fundamental tiene como sustento un pacto político del que deriva su contenido material que Hart sugiere cuando distingue la validez de la eficacia y la legitimidad en cuanto expresión del punto de vista interno, el primero, y el punto de vista externo, los segundos.



En otras palabras, Luhmann y Teubner logran mostrar, explícita e implícitamente, que en los principios sistémicos de un sistema jurídico coinciden los puntos de vista externo e interno, y que ello es precisamente el punto de contacto donde lo político y lo jurídico permiten que la validez y la legitimidad, por lo menos, converjan para reducir eficazmente complejidad jurídica y social de manera simultánea. Con ello ponen de presente, como diría Robert Walter, la importancia de la norma básica como punto arquimédico de un sistema jurídico y su trascendencia como problema iusfilosófico en cuanto en ella coinciden y de ella depende la validez, la legitimidad y la eficacia de un sistema jurídico, un ordenamiento jurídico-político y un sistema societal en su conjunto.⁵²

52 Ver la polémica entre Habermas y el paradigma autopoietico, en LUHMANN, «Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory»; TEUBNER, «Communicative Rationalities in Law, Morality, and Politics»; y Michel ROSENFELD & Andrew ARATO, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley: University of California Press, 1998, pp. 157-172 y pp. 173-189. Para la réplica de aquél, desde el paradigma discursivo, ver HABERMAS, «Reply to Symposium Participants», en ROSENFELD, Michel & ARATO, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley: University of California Press, 1998, pp. 381-452.

3. Rawls: la norma básica y la justicia

3.1. Un debate implícito

Generalmente, desde la perspectiva de la teoría jurídica, se ha pasado por alto el lugar de Rawls en todo este debate, sin duda por las recepciones que han enfatizado la polémica Hart-Dworkin olvidándose de la trascendencia que para la misma tuvo la *Teoría de la Justicia* del primero. De ahí que no sobre insistir en lo que este autor y esta obra –una de las de mayor impacto en la literatura iusfilosófica, teórico-jurídica y filosófico política y moral del siglo xx– ha significado para el problema de la norma básica.⁵³

Para Rawls el contenido del derecho debe ser determinado, más allá de la vaciedad formal de una norma fundamental⁵⁴ o la alusión ambigua a un “derecho mínimo natural”,⁵⁵ por unos principios de justicia definidos a través de un procedimiento de consensualización que garantice en su estructura la autonomía de las partes y la pretensión de universalidad de sus contenidos.⁵⁶ Este momento que Rawls designa con el nombre de “posición original” es simplemente el consenso moral del que las diferentes perspectivas ciudadanas deben partir para

53 Sobre las características de los modelos kelseniano y hartiano consultar, en general, Rafael HERNÁNDEZ, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 113-160 y 238-244.

54 Thomas ÁNGEL, «Rawls on Justice», en *Norman Daniels, Reading Rawls*, Stanford: Stanford University Press, 1989, pp. 1-15.

55 Ver el ilustrativo estudio de Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1991, pp. 45-76.

56 Brian BARRY, «La construcción rawlsiana», en *Justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 85-97.

lograr un efectivo consenso político al interior de un congreso constituyente.⁵⁷

En efecto, es claro que Rawls está pensando sus principios de justicia, fruto de un procedimiento de consensualización, como el producto del consenso moral y político sobre el que debe fundarse un orden jurídico-político determinado y que, una vez establecido como tal, sufre un proceso posterior de juridización en el marco de ese Congreso Constituyente que Rawls reconoce como la segunda etapa después de la posición original.

En ese sentido, los principios de justicia pueden ser interpretados como el contenido axiológico de la norma fundamental kelseniana, siendo su “contenido” procedimental el procedimiento de consensualización del que se derivan.

Pero los principios de justicia que, como lo retomará después Dworkin, son la expresión de la moralidad política, no son principios propiamente constitucionales ni jurídicos. Rawls los mantiene externos al ordenamiento precisamente para permitir su actualización política y moral permanente sin necesidad de acudir a reformas constitucionales ni jurídicas que atentarían contra la estabilidad de las instituciones. El consenso moral y político puede cambiar el contenido axiológico de la norma fundamental pero no el principio que plasma jurídicamente su sentido: este será el principio de igual participación que, más que de legitimidad, es ya un principio expreso de validez del ordenamiento jurídico.

Este planteamiento, pese a los cambios radicales que constituye el *Liberalismo político*, se mantiene e, incluso, se radicaliza en esta

57 John RAWLS, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

última obra.⁵⁸ En efecto, allí Rawls claramente expresa que el consenso entrecruzado de las diferentes visiones omnicomprensivas que componen una sociedad, determina los esenciales constitucionales que rigen su ordenamiento y cuyo contenido fija los términos de razonabilidad que el tribunal constitucional debe tener en cuenta para la interpretación de la Constitución. En otras palabras, el consenso político fija el contenido procedimental y sustantivo del ordenamiento jurídico-político que expresa la posición consensual de los diferentes sujetos políticos y eticidades sociales sobre los términos de justicia social que debe regir la sociedad entera. Es lo que Rawls llama la “concepción política de la justicia” que no es otra cosa que señalar que el contenido de la norma básica es el contenido del consenso político de la sociedad.

3.2. La norma básica como consenso

Así pues, la crisis de legitimidad y validez de las democracias liberales contemporáneas querrá ser superada por John Rawls, inicialmente, a través de unos principios de justicia consensualmente concertados que permitan orientar y corregir el ordenamiento jurídico-político. Esta concepción de justicia como equidad plantea un procedimiento consensual de construcción político⁵⁹ en la

58 RAWLS, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.

59 Sobre el concepto de constructivismo jurídico ver Jesús MARTÍNEZ, «Constructivismo radical: la invención jurídica de los hechos», en *La imaginación jurídica*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 17-60; y Carlos NINO, «El constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», en *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Internacionales, 1989, pp. 91-110. Así como P. DA SILVEIRA y W. NORMAN, «Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política anglosajona contemporánea», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 5, Madrid, UAM-UNED, 1996.

concepción, concreción y ejecución de contenidos, instrumentos y productos jurídicos de todo orden.⁶⁰ La *Teoría de la justicia*⁶¹ concibe este procedimiento consensual como el instrumento para garantizar que los principios de justicia social sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la legitimidad y validez normativa de los mismos.

El constructo metodológico que utiliza Rawls es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior.⁶² El velo de ignorancia, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la discusión simétrica que normativamente debe darse sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando las condiciones de libertad e igualdad deliberativas de los participantes para concertar los principios de justicia que hayan de regir la sociedad.

En este punto vale la pena resaltar las condiciones formales de lo justo que establece Rawls sobre el carácter que han de tener los principios de justicia: serán universales, para todos por igual; generales, regularán toda la estructura social; públicos, de fácil interpretación de toda la ciudadanía; jerarquizados, es decir, no podrán ser interpretados ni aplicados discrecionalmente por

60 Óscar MEJÍA, «El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls», en RAWLS, *El derecho de los pueblos*, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1996; y del mismo autor, *Justicia y democracia consensual*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.

61 RAWLS, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

62 *Ibid.*, pp. 29-34.

legisladores o jueces; y definitivos, en cuanto tendrán que ser concebidos para garantizar la estabilidad de la sociedad.

Así pues, los dos principios de justicia que se derivan del procedimiento de consensualización constituyen el sustrato axiológico de la norma básica de la que se desprende el fundamento general del ordenamiento jurídico-político, en dos sentidos: como factores de legitimación del sistema político y, simultáneamente, condiciones de validez del sistema jurídico. La norma básica es el resultado del consenso moral y político de las diferentes eticidades y sujetos políticos que componen una sociedad determinada y definen, con ello, el contenido axiológico de la norma fundante que es la condición de validez del sistema jurídico en particular.

Lo anterior se evidencia en la segunda parte de la *Teoría de la justicia* cuando Rawls aborda las “Instituciones”. En este punto queda claro que la posición original era un recurso metodológico para poner de presente el consenso moral y político que tiene que darse al interior de un Congreso Constituyente y que, una vez definido, da pie para lograr la constitucionalización y juridización de los principios que han de regir el ordenamiento jurídico constitucional. Esa juridización de los principios moral-políticos de la justicia, contenido axiológico de la norma básica, pero no todavía principios constitucional-jurídicos, sufre al interior de la etapa constituyente una transformación que los convierte ya en principios de validez del ordenamiento y que para Rawls no es otro que el principio de igual participación.⁶³

63 *Ibid.*, p. 187 y ss.

En una absoluta reivindicación de la tradición radical del constitucionalismo estadounidense, Rawls establece el principio de igual participación como el fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Lo que nos llevaría a considerar tres dimensiones de la norma básica: una procedimental que establece el consenso como mecanismo político y jurídico para la toma de decisiones del sistema social en general; otra axiológica, que define el contenido sustantivo, político-moral, de la norma básica reflejado en los principios de justicia; y una última que determina ya el principio de validez del ordenamiento jurídico en el principio de igual participación.

En efecto, la secuencia de cuatro etapas, establece que, después de la posición original, se suceden las etapas constitucional, legislativa y administrativa que ponen de presente cómo todo el ordenamiento piramidal debe ser concebido a partir del contenido normativo fijado por los principios de justicia. El objetivo primordial de las etapas subsecuentes será garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación, confiriéndole a la ciudadanía, en caso de no ser así, la posibilidad de acudir a mecanismos como la objeción de conciencia y la desobediencia civil con el fin de garantizar la correcta aplicación de los mismos.⁶⁴

Estos dos mecanismos, los cuales deben ser garantizados constitucionalmente, son instrumentos políticos de supervisión, presión y resistencia de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurí-

64 *Ibid.*, pp. 331-357.

dico positivo, para que este cumpla en forma efectiva, a través de sus disposiciones legales, decisiones judiciales y políticas públicas, el sentido y alcance de los principios de justicia. Su objetivo es defender, contra la decisión de minorías o mayorías legislativas o gubernamentales, el consenso político y el marco constitucional adoptado por todos los grupos sociales.

Rawls desarrolla en la tercera parte, la de los “fines”, el constructo del equilibrio reflexivo.⁶⁵ Esta figura admite dos lecturas, la primera es metodológica, y consiste en buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados.⁶⁶ Este equilibrio no se concibe como algo estable o permanente, sino que se encuentra sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial. Se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia, que todos poseemos, con los principios asumidos, logrando un proceso de ajuste y reajuste continuo hasta alcanzar una perfecta concordancia. Para esta lectura el equilibrio reflexivo se constituye en una especie de auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios, pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo a las nuevas circunstancias. La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar.

65 Johannes SCHMIDT, «La *Original Position* y el equilibrio reflexivo», en L. KERN & H.P. KERN, *La justicia: ¿discurso o mercado?*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 82- 115.

66 RAWLS, *op. cit.*, p. 32.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. Sólo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso. En este punto pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios, y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos, por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia.⁶⁷

La segunda es la marginación del pacto pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros, reclamando tanto el respeto para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social, es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales del mismo. Normativamente significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo.⁶⁸

4. Dworkin: norma básica y derecho como integridad

En la línea de Rawls pero aplicándolo más directamente al derecho, Dworkin seguirá en esencia el modelo rawlsiano para concebir su modelo de decisión judicial de la respuesta correcta definiendo los

67 *Ibid.*, pp. 359 y ss.

68 R.H. HARE, «Rawls Theory of Justice», en *Norman Daniels, Reading Rawls*, Stanford: Stanford University Press, 1989, pp. 316-348.

principios del sistema jurídico a partir de la moralidad política, es decir, a partir de los principios determinados por el consenso político.⁶⁹ Dworkin parte de lo que denomina una concepción interpretativa del derecho que le confiere al juez, como el principal protagonista de los procesos jurídicos, una importancia decisiva en la aplicación y salvaguarda de tales principios, cuyo fundamento es el consenso moral y político que les ha dado su sustento.⁷⁰

Dworkin ve en el modelo rawlsiano la actualización del Consenso de Filadelfia y, como en aquel, la teoría moral como sustrato de la teoría constitucional.⁷¹ El constituyente de la Filadelfia establece dos principios o derechos morales que luego juridiza: el derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado como igual que posteriormente sufren un proceso de juridización similar al que Rawls propone con el principio de igual participación y se convierten así en principios jurídicos de debido proceso y tratamiento equitativo. De allí que para Dworkin, en su polémica con Hart, los principios jurídicos contemplen ya valores morales pues en efecto han surtido ya el proceso de constitucionalización y juridización sugerido por Rawls en la secuencia de cuatro etapas de su teoría de la justicia.⁷²

El paradigma interpretativo de Dworkin supone, no una interpretación iusnaturalista aporética, sino una interpretación

69 Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

70 Daniel BONILLA, e Isabel Cristina JARAMILLO, «El igualitarismo liberal de Dworkin», en *La comunidad liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1996.

71 Philip SOPER, «La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales», en J. BERTEGÓN y J.R. DE PÁRAMO, *Derecho y moral*, Barcelona, Ariel, 1990.

72 H.L.A. HART, «Postscriptum», en HART y DWORKIN, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes, 1997.

racional que de razón del peso de los principios, es decir, en consonancia con Rawls, de la primacía de estos sobre las directrices políticas y las normas en general. No de otra manera podría entenderse, como la interpretación de Habermas igualmente lo convalida, que el modelo de decisión judicial de la “respuesta correcta” de Dworkin represente una concepción deontológica del derecho, es decir, de decisiones justas para todos, frente a una axiológica, es decir, de decisiones buenas para algunos, si no es por la aplicación y justificación que el peso de los principios tienen en la decisión judicial. La decisión judicial no es discrecional ni caprichosa porque aplica los principios con el peso que el constituyente quiso que tuvieran no con el peso que el juez discrecionalmente quiera darles.⁷³

En efecto, el derecho, como práctica social, es una interpretación creativa de la realidad que Dworkin denomina “interpretación constructiva”.⁷⁴ Como tal, cumple determinadas etapas: una etapa preinterpretativa, donde se esclarecen las reglas de una práctica dada; una etapa interpretativa, donde el intérprete establece los principios a los que debe someterse, en consonancia con el historial de precedentes anteriores; y una etapa postinterpretativa donde evalúa y eventualmente reforma o no los resultados de su interpretación.⁷⁵ El juez establece con su interpretación y práctica un parámetro que ordena así el proceso judicial. Es lo que Dworkin llama “el derecho

73 Rodolfo ARANGO, «Tesis de la única respuesta correcta» y «Hércules: realidad o idea regulativa», en *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre / Uniandes, 1999, pp. 58-65 y 106-158.

74 DWORKIN, «El modelo de las normas (i)», en *op. cit.*, pp. 61-101.

75 DWORKIN, «La integridad en el derecho», en *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 164-173.

como integridad”, en oposición al “pragmatismo legal” y el “convencionalismo”.⁷⁶

A partir del análisis de casos difíciles, particularmente, Dworkin llega a la conclusión de que para resolverlos el juez necesita operar con una especie de razón hermenéutica, “imaginación interpretativa” la denomina,⁷⁷ con el objeto de ordenar un amplio espectro de factores que van desde intenciones individuales, contextos sociales e históricos, normas legales vigentes y jurisprudencia, hasta perspectivas del legislador, entre tantos otros. Todos estos elementos tienen que ser ordenados a partir del peso que el constituyente confirió a los principios, pues sólo así puede su decisión ser justa para todos, en el sentido de que se atiene a los parámetros definidos consensualmente por las diferentes eticidades y sujetos colectivos que componen la ciudadanía, evitando de esa manera aplicaciones caprichosas.⁷⁸ Este es el modelo que Dworkin ejemplifica con la figura del “Juez Hércules”.⁷⁹

Ello pone de presente el papel sistémico que la norma básica juega para un sistema jurídico. No es sólo un tema de estudio y elucubración académica sino que tiene una proyección concreta en un sistema jurídico en cuanto que ella define la forma en que los principios jurídicos deben ser aplicados y respetados por las diferentes instancias judiciales, legislativas y administrativas.⁸⁰ Dworkin, pues,

76 *Ibid.*, p. 78.

77 *Ibid.*, p. 237 y ss.

78 J. BETEGÓN *et al.*, «La doctrina de los principios del derecho y la distinción entre principios y reglas», en *op. cit.*, pp. 335-360.

79 DWORKIN, «L’impact de la Theorie de Rawls Sur la Pratique et la Philosophie du Droit», en *Individu et Justice Sociale*, París: Editions du Seuil, 1988, pp. 37-53.

80 Juan RUIZ MANERO, «Principios jurídicos», en E. GARZÓN y F. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 149-159.

pone de presente la importancia no sólo sistémica de la norma básica, sino su relevancia para el proceso de decisión judicial en cuanto la claridad sobre sus principios y contenidos sustanciales orienta al juez en la decisión judicial para evitar una discrecionalidad excesiva que, en últimas, pueda deslegitimarla al no garantizar, como lo sostiene Habermas en su interpretación de Dworkin, decisiones justas para todos y, por el contrario, buenas para algunos.

5. Habermas: principio discursivo y norma básica

5.1. Norma básica y derechos fundamentales

Ese principio discursivo al proyectarse al plano moral deviene un principio de argumentación moral (constreñido a un ideal de consenso universal contrafáctico) y al proyectarse al plano jurídico-político deviene un principio democrático (constreñido a un ideal de consenso institucional fáctico) que se bifurca en dos dimensiones: la primera, la constitución de un catálogo de derechos básicos; y, la segunda, la constitución de la arquitectura del Estado democrático de derecho que se configura a partir de tres instancias de deliberación ciudadana institucionalizada o usos de la razón práctica: el moral, el ético-político y el pragmático.⁸¹ Ambas dimensiones se dan en el marco inicial de procesos constituyentes ampliamente democráticos donde el consenso operó no solo como ideal regulador contrafáctico sino como mecanismo regulador fáctico.

81 Ver HABERMAS, «Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del Estado de derecho», en *Ibid.*, pp. 199-262.

La primera dimensión establece un listado de derechos fundamentales –promulgados discursivamente por el poder constituyente de la ciudadanía– los cuales institucionalizan jurídicamente el principio discursivo del que indirectamente se derivan. Habermas sintetiza así este catálogo de derechos *básicos*:

1. Derechos básicos que resultan de la elaboración políticamente autónoma del derecho a la más amplia expresión posible de iguales libertades individuales.

Estos derechos requieren los siguientes corolarios necesarios:

2. Derechos básicos que resultan de la elaboración políticamente autónoma del estatus de miembro en una asociación voluntaria de coasociados bajo la ley.
3. Derechos básicos que resultan inmediatamente de la aplicabilidad de derechos y de la elaboración políticamente autónoma de la protección legal individual.

Estas tres categorías de derechos son el producto, simplemente, de la aplicación del principio discursivo al procedimiento del derecho como tal, esto es, a las condiciones de la forma legal de una asociación horizontal de personas libres e iguales... Los anteriores derechos básicos garantizan lo que se llama la autonomía privada de los sujetos legales, en el sentido de que esos sujetos recíprocamente reconocen a cada otro en su rol de destinatarios de leyes... Sólo con el siguiente paso pueden los sujetos legales convertirse en protagonistas de su orden legal, a través de lo siguiente:

4. Derechos básicos a igual oportunidad para participar en procesos de opinión y formación de voluntad en los cuales los ciudadanos ejerzan su autonomía política y a través de la cual generen derecho legítimo.

Esta categoría de derechos está reflexivamente aplicada a la interpretación constitucional y a adelantar el desarrollo político o la elaboración de los derechos básicos abstractamente identificados de uno a cuatro, para derechos políticos fundamentados en el estatus de ciudadanos activamente libres e iguales... Este estatus es autorreferente, hasta el punto de que capacita a los ciudadanos a cambiar y expandir su variedad de derechos y deberes, o “estatus legal material”, así como a interpretar y desarrollar, simultáneamente, su autonomía privada y pública. Finalmente, con la mirada en ese objetivo, los derechos designados atrás implican los siguientes:

Derechos básicos a la provisión de condiciones de vida que sean social, tecnológica y ecológicamente seguras, hasta el punto de que las actuales circunstancias hagan ello necesario para que los ciudadanos estén en igualdad de oportunidades para utilizar los derechos civiles consignados de uno a cuatro”.⁸²

El poder constituyente de la ciudadanía establece, discursiva-democráticamente, este catálogo de derechos básicos como los derechos fundamentales que han de regir el ordenamiento jurídico-político de una sociedad determinada. Por supuesto, Habermas recupera el listado de derechos que, histórica y normativamente, han ido configurando la sociedad democrática y que constituyen el contenido axiológico —que cada comunidad desarrolla y concreta constitucional y jurídicamente— de la norma básica en lo que Boaventura denominaría los “derechos humanos como guión emancipador”⁸³ fundamento de la *jus humanitatis*.

82 *Ibid.*, pp. 188-189.

83 Boaventura. DE SOUSA SANTOS, *La globalización del derecho*, Bogotá, ILSA-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional, 1998, pp. 211-260.

5.2. Norma básica y democracia

La segunda dimensión configura lo que Habermas denomina la arquitectura del Estado de derecho democrático moderno. Frente a la pretensión de una versión fuerte de consenso en Rawls, al menos en la *Teoría de la justicia*, Habermas matiza la pretensión de consensualización en tres usos diferentes de la razón práctica: el moral, el ético-político y el pragmático. En cada uno de ellos, según la especial pretensión de justicia en cada una de ellas, el consenso adopta diferentes modalidades fácticas, frente al principio discursivo que como ideal regulador contrafáctico constituye la Norma Básica.⁸⁴

Retomando a Kant, Habermas señala los tres usos institucionales que un poder constituyente desarrolla discursivamente. Las discusiones morales se rigen por una pretensión de lo que es “justo para todos” y, por tanto, el consenso se impone como su mecanismo de decisión. En caso de conflicto se acude al *test* de universalidad para tomar la decisión definitiva. Las discusiones ético-políticas se rigen por una pretensión de lo que es “bueno para nosotros” como comunidad política. Aquí la convergencia de posiciones se configura como procedimiento natural de decisión, acudiendo a la regla de mayoría en caso de conflicto. Por último, las discusiones pragmáticas se rigen por una pretensión de lo que es “útil para algunos”, siendo la negociación el mecanismo de decisión y acudiendo al regateo en caso de conflicto. De estos tres tipos de deliberación o usos de la razón práctica que, insti-

84 HABERMAS, «Principios del Estado de derecho y lógica de la división de poderes», en *op. cit.*, pp. 237-263.

tucionalmente, se desarrollan en un Congreso Constituyente, se va configurando, histórica y estructuralmente, la arquitectura del Estado democrático de derecho en cuanto de las discusiones morales surgiría lo que es el poder judicial, de las discusiones ético-políticas el poder parlamentario y de las discusiones pragmáticas el poder Ejecutivo.

Como en Rawls, podemos entonces intentar distinguir varias dimensiones de esa noción de norma básica en Habermas. El principio discursivo define, primero, el contenido procedimental de la misma estableciendo el consenso como fundamento común de justificación moral, legitimidad política y validez jurídica general del ordenamiento jurídico-político. a través del principio democrático, que expresa la cooriginalidad del derecho y la política modernas, se concreta el catálogo de derechos básico que constituye el contenido axiológico del ordenamiento, garantizando tanto la autonomía privada como la autonomía pública de los ciudadanos y los cuales se materializan jurídicamente en los desarrollos propiamente institucional-discursivos de carácter moral, ético-político y pragmático que definen específicamente los términos de validez jurídica propiamente dicha del sistema jurídico y político.

El carácter dual de la validez del derecho conduce a reconocer y esclarecer su relación interna con la democracia, lo cual se comprende porque las libertades individuales de los sujetos privados sólo se garantizan por la autonomía pública de los ciudadanos.⁸⁵ La dicotomía entre las “libertades de los modernos” y

85 *Ibid.*, «La conexión constitutiva entre derecho y política», pp. 200-217

las “libertades de los ancianos” se supera cuando el código legal se abre y se encuentra disponible para todos los miembros de una comunidad en igualdad de condiciones democráticas. Este reconocimiento horizontal de los ciudadanos como libres e iguales garantiza su autonomía privada y pública, establece una relación interna entre derechos humanos y derechos positivos y “doméstica” constitucionalmente el poder gracias a la acción de la ciudadanía.

Como es claro, el derecho positivo no deriva su legitimidad de su altura moral sino del procedimiento autónomo de formación de opinión y voluntad públicas, lo cual apuntala el carácter plural que deben connotar las leyes y, con ello, el pluralismo del conjunto de sujetos colectivos al interior de la sociedad. Al transformarse el principio discursivo en el principio de la democracia, es decir, al “politizarse” la norma básica, el código legal que garantiza los derechos universales y las libertades individuales se ve complementado por la gama de derechos comunicativos y participativos que consolidan la participación simétrica de los diferentes actores sociales. Lo cual comprueba definitivamente que el derecho no es autorreferente y que se alimenta de la cultura política de una ciudadanía democrática.⁸⁶

Todo esto se expresa y se resuelve en un conflicto y controversia entre dos modelos de adjudicación constitucional, particularmente: el modelo liberal y el modelo republicano y sus respectivas

86 José ESTÉVEZ ARAUJO, «El pueblo como opinión pública», en *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 119-137; igualmente, Roberto GARGARELLA, «La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes», en *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 132-157.

concepciones de libertades ciudadanas negativas y positivas.⁸⁷ La visión liberal propicia un modelo pasivo de ciudadanía, donde ésta se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de la administración estatal del momento, mientras que la republicana, de otra, al forzar una moralización de la política desde una determinada concepción de vida buena, pese a suponer un concepto altamente protagonista de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre sí.

Mientras que la visión liberal reduce la ciudadanía a términos legal-procedimentales, la visión republicana la entiende más en términos éticos que legales. Y pese a que, contra la visión liberal, un concepto de política democrática deliberativa supondría una referencia concreta a una comunidad ética integrada, es imposible defender la etitización de la vida pública que esta última supone. La disolución de los paradigmas burgués-liberal y republicano se ve justificada en cuanto la perspectiva ciudadana pretende ser reemplazada o por una separación inflexible de poderes (paradigma liberal) que le arrebatara su soberanía sin posibilidad efectiva de recuperarla en el manejo de los asuntos públicos, pese a los diques de un poder judicial que por defenderla se extralimita, o en la “etitización” del orden legal (paradigma republicano) que al imponerle a la administración pública un contenido social específico “remoraliza”, desde una

87 HABERMAS, «El papel de la jurisdicción y jurisprudencia constitucional en la comprensión liberal, en la comprensión republicana y en la comprensión procedimental de la política», en *Factibilidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

determinada visión de bien, los contenidos de un discurso legal que debía ser autónomo e imparcial frente a la pluralidad de concepciones sociales de vida buena.⁸⁸

Para Habermas, la concepción discursivo-procedimental del derecho, especialmente el constitucional, debe concernir antes que todo con la calidad de la discusión y argumentación democráticas. Esto representa un modelo de democracia radical que se constituye en alternativa al modelo liberal-individualista y sus patologías inherentes de desinterés y privatismo civil y al republicano-comunitarista y su imposición de una visión moralizadora unilateral de la vida política y legal de una sociedad.⁸⁹ La norma fundamental recoge esa tensión entre hechos y normas, entre libertades individuales y libertades colectivas, entre democracia formal y democracia directa, entre facticidad y validez, asumiéndola, en sentido hegeliano, desde una perspectiva que, al potenciar la deliberación ciudadana, preserva los términos opuestos en una nueva realidad que no anula las contradicciones. La norma básica es, en últimas, la consensualización del

88 Sobre la versión más actualizada en este punto ver HABERMAS, «Paradigms of Law», en Michel ROSENFELD & Andrew ARATO, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley: University of California Press, 1998, pp. 13-25.

89 Derivaciones puntuales del modelo se encuentran ya en James BOHMAN, «Complexity, Pluralism, and the Constitutional State», en *Law and Society Review*, Vol. 28, N° 4, 1994; y *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge / London: MIT Press, 1996; así como en Simone CHAMBERS, *Reasonable Democracy*, London: Cornell University Press, 1996. Para comprender el estado del arte sobre la democracia deliberativa ver, desde la perspectiva comunitarista, Michael SANDEL, *Democracy's Discontent*, Cambridge: Harvard University Press, 1996; y, desde la utilitarista-liberal, Amy GUTMANN y Dennis THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Cambridge: Harvard University Press, 1996. Finalmente, para una visión integral, en James BOHMANN, & William REHG, *Deliberative Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1997.

disenso, la conflictualización social de la instrumentalización sistémica, la tensión coyuntural de la tensión permanente, en cierto sentido, volviendo a la vieja fórmula hegeliano-marxista, la negación de la negación que niega y recrea incesantemente el sistema jurídico-político de cara al sistema social.

Conclusión

A lo largo de este escrito hemos abordado las diferentes perspectivas con que se ha explorado la naturaleza de la norma básica. En ese recorrido observamos cómo se van presentando las aporías de la categoría, en cuanto con Weber se pone de presente el trasfondo necesariamente político que esta supone, lo cual Kelsen pretende negar definiéndola como una condición meramente lógico-procedimental de validez del sistema jurídico, sin contenido material, lo que lo conduce a una serie de contradicciones que lo obligan a abjurar de su doctrina de la norma fundamental y reconocer el contenido sustancial de la misma. Hart, por su parte, si bien define su regla de reconocimiento como una regla básicamente empírica, tiene que reconocer que ésta remite, directa e indirectamente a principios o valores extrajurídicos, en especial en cuanto el derecho mínimo natural; por lo menos en los casos de injusticia, se constituye en un factor determinante para definir en últimas la validez de una norma jurídica.

En todos ellos, la tensión entre validez, por un lado, y la legitimidad y la eficacia, por otro, es una constante que ya Hart pone de manifiesto con los puntos de vista interno y externo de un sistema jurídico. Esa tensión es resuelta por la visión sistémica de Luhmann que logran mostrar, primero, que la reducción de com-

plejidad del sistema social depende de la reducción de complejidad del sistema jurídico y que ello se logra, precisamente, como lo enfatiza Teubner, concretando la regla de reconocimiento del sistema jurídico, es decir, los principios sistémicos que permitan dinamizar su autopoiesis y, reduciendo complejidad del sistema, reducir complejidad social.

En esa dirección podemos comprender la continuidad y discontinuidad de las propuestas postpositivistas de Rawls y Habermas, especialmente, y Dworkin en un sentido menos vertical. Podríamos decir que la crítica de Rawls a Kelsen, en cierta forma complementaria, radicaría en proponer un contenido material de la norma fundamental vacía planteada por aquel en cuanto este tendría que defender iguales libertades para todos y el favorecimiento de los desfavorecidos. Por su parte Habermas propendería por una norma básica cuyo contenido valorativo-procedimental sería el consenso en el sentido más amplio, el cual posteriormente se trifurcaría en tres proyecciones deliberativas específicas.

En un sentido análogo al de los anteriores, Dworkin retomaría la propuesta rawlsiana como un intento de actualización de los principios y derechos establecidos por el Constituyente de Filadelfia y su defensa de los principios derivados de la moralidad política tiene que ser entendida como la necesidad de asumir un modelo de decisión judicial —el modelo de la respuesta correcta— que contraste la discrecionalidad, tanto amplia como restringida, propiciadas por el positivismo y el realismo a partir de la aplicación y justificación de unos principios determinados constitucionalmente.

Creo que ha quedado clara la trascendencia de la norma básica como problema iusfilosófico y la manera en que en ella convergen las diferentes miradas sobre un sistema jurídico y sus problemáticas anexas de legitimidad y eficacia que la de su validez supone e implica.

Bibliografía

- ANGEL, Thomas. «Rawls on justice». En: DANIELS, Norman. *Reading Rawls*. Stanford, Sanford University Press, 1989, pp. 1-15.
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Siglo del Hombre/ Universidad de los Andes, 1999.
- BARRY, Brian. «La construcción rawlsiana». En: *Justicia como imparcialidad*. Barcelona, Paidós, 1997, pp. 85-97.
- BETEGÓN, Jerónimo *et al.* «Validez, eficacia y justicia». En: *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid, MacGraw-Hill, 1997, pp. 12-30.
- BOBBIO, Norberto. «Elaboración gradual del ordenamiento». En: *Teoría general del derecho*. Bogotá, Temis, 1997, pp. 161-165.
- . «La unidad del ordenamiento jurídico. La teoría kelseniana de la norma fundamental». En: *El positivismo jurídico*. Madrid, Debate, 1993, pp. 202-205.
- BOHMAN, James. «Complexity, pluralism, and the constitutional state». En: *Law and society review*, Vol. 28, N° 4, 1994;
- . *Public deliberation. pluralism, complexity and democracy*, Cambridge/London, M.I.T. Press, 1996.
- & REHG, William. *Deliberative Democracy*. Cambridge, M.I.T. Press, 1997.

- BONILLA, Daniel y JARAMILLO, Isabel Cristina. «El igualitarismo liberal de Dworkin», Estudio preliminar. En: *La comunidad liberal*. Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 1996.
- BÜLLESBACH, Alfred. «Enfoques de teoría de sistemas». En Arthur KAUFMANN (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Debate, 1992, pp. 327-328.
- CHAMBERS, Simone. *Reasonable democracy*. London, Cornell University Press, 1996.
- COLOMER, José Luis. *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*. Madrid, C.E.C., 1995.
- CONDE SALGADO, Remigio. *Pashukanis y la teoría marxista del derecho*. Madrid, C.E.C., 1989.
- CRACOGNA, Dante. «La norma básica en el último Kelsen». En: *Cuestiones fundamentales de la teoría del derecho*. México, Fontamara, pp. 63 y ss.
- DA SILVEIRA, P. y W. NORMAN. «Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política anglosajona contemporánea». En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 5. Madrid, UAM-UNED, 1996.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales), 1998, pp. 211-260.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. «Modernidad y derecho». En: *Postmodernidad y derecho*. Bogotá, Temis, 1993, pp. 15-18.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1992.
- . «L'impact de la theorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit». En: *Individu et justice sociale*. Paris, Editions du Seuil, 1988, pp. 37-53.

- . *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984.
- . *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, Paidós, 1993.
- . *la comunidad liberal*. Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 1996.
- ELY, John H. *Democracia y desconfianza*. Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 1997.
- ESTEVEZ ARAUJO, José. «El pueblo como opinión pública». En: *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994, pp. 119-137.
- FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, Debate, 1991.
- GARCÍA AMADO, Juan. «Un sistema prototípico: el sistema jurídico». En: *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 168-184.
- GARGARELLA, Roberto. «La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes». En: *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, Ariel, 1996, pp. 132-157.
- GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON. *Democracy and disagreement*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Instituto de Estudios Constitucionales), 2002.
- HABERMAS, Jürgen. «Paradigms of Law». En: ROSENFELD, Michel & Andrew ARATO. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley, University of California Press, 1998, pp. 13-25.
- . «Ciencia y técnica como ideología». En: *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid, Tecnos, 1984, pp. 53-112.

- . «El concepto sistémico de ideología y la teoría de sistemas como nueva forma de ideología». En: *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid, Tecnos, pp. 380-402.
- . *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I. Buenos Aires, Taurus, 1989.
- . «Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad». En: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona, Paidós, 1991, pp. 131-149.
- . «Reply to Symposium Participants». En: ROSENFELD, Michel & ARATO, Andrew. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*, Berrkeley: University of California Press, 1998, pp.381-452.
- HARE, R.H. «Rawls' Theory of Justice». En: DANIELS, Norman. *Reading Rawls*. Stanford, Sanford University Press, 1989, pp. 316-348.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- . «Postscriptum». En: HART, H.L.A. y R. DWORKIN, *La decisión judicial*. Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 1997.
- HERNÁNDEZ, Rafael. *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*. Madrid, Tecnos, 1989.
- HOERSTER, Norbert. «Acercas del problema de una validez absoluta de las normas». En: *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 168-190.
- JIMÉNEZ ALCOCER, Pilar. «La adecuada complejidad del sistema jurídico: la justicia». En: *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona, Bosch, 1993, pp. 283-293.

- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- . *La teoría pura del derecho*. México, Porrúa, 1997.
- . *Introduction to the problems of legal theory*. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- LUHMANN, Niklas. «El derecho como sistema social». En: revista *No Hay Derecho* (Nº 11). Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales), 1994, pp. 29-33.
- . «Intersubjetividad o comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción sociológica». En: *Complejidad y modernidad*. Madrid, Trotta, 1998, pp. 31-50.
- . *A sociological theory of law*. London, Routledge & Kegan Paul, 1985.
- . *Organización y decisión. autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona, Anthropos, 1982.
- . *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid, C.E.C., 1974.
- MARTÍNEZ, Jesús. «Constructivismo radical: la invención jurídica de los hechos». En: *La imaginación jurídica*. Madrid, Debate, 1992, pp. 17-60.
- NINO, Carlos Santiago. «El constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas». En: *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Internacionales, 1989, pp. 91-110.
- MAZUREK, Per. «Teoría analítica del derecho». En KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried (Ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Debate, 1992, pp. 275-286.

- MEJÍA, Óscar. «El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls». Estudio preliminar. En: RAWLS, John. *El derecho de los pueblos*. Bogotá, Universidad de los Andes (Facultad de Derecho), 1996.
- . *Justicia y democracia consensual*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- PASHUKANIS, Eugeni. *Teoría general del derecho y marxismo*. Barcelona, Labor, 1976.
- RAMOS, José Antonio. «La doctrina de la regla de reconocimiento». En: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*. Madrid, Tecnos, 1989, pp. 135-180.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. Barcelona, Crítica, 1996.
- . *Teoría de la justicia*. México, F.C.E., 1995.
- REICH, Norbert. «Hans Kelsen y Eugeny Pashukanis». En: *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*. Bogotá, Temis, 1984, pp. 19-49.
- RUIZ MANERO, Juan. «Principios jurídicos». En: GARZÓN, Ernesto y FRANCISCO LAPORTA (eds.). *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 1996, pp. 149-159.
- SANDEL, Michael. *Democracy's discontent*. Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- SCHMIDT, Johannes. «La Original Position y el Equilibrio Reflexivo». En: KERN, L. & H.P. MULLER. *La justicia: ¿discurso o mercado?* Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 82- 115.
- SERRANO, Enrique. «Racionalización y desencanto del mundo». En: *Legitimación y racionalización*. Barcelona, Anthropos, 1994, pp. 65-96.
- SOPER, Philip. «La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales». En: BERTEGÓN, J. y J.R. DE PÁRAMO. *Derecho y moral*. Barcelona, Ariel, 1990.

- SORIANO, Ramón. «La teoría comunicativa y la teoría sistémica». En: *Sociología del derecho*. Barcelona, Ariel, 1997, pp. 153-168.
- TEUBNER, Gunter. «Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno». En: *La fuerza del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre, 2000, pp. 81-152.
- . «La nouvelle auto-referentialité ». En : *Le droit: un systeme autopoïétique*. Paris, P.U.F., 1993, pp. 25-42.
- WALTER, Robert. «Origen y desarrollo de la idea de la norma fundamental». En: *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 67-96.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. «Los caracteres generales del derecho constitucional actual». En: *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 1995, pp. 9-20.

La creación del derecho por la jurisprudencia: notas sobre la aplicación del derecho y la epistemología en la teoría pura del derecho*

Thomas Bustamante**

Planteamiento

En este ensayo se busca demostrar cómo la teoría pura del derecho enfrenta el problema de la creación judicial del derecho, especialmente por medio de la concretización o individualización de normas generales por los órganos de aplicación del derecho. El énfasis está puesto en el aspecto dinámico del sistema jurídico —dejando de lado, sin embargo, el problema de la norma

* Agradezco a Susana Escobar Vélez y a Virginia Carvalho Leal por las sugerencias y observaciones cuanto al uso del idioma español, y a Juan Antonio García Amado por las enriquecedoras discusiones acerca de la teoría del conocimiento de Hans Kelsen. Agradezco también a Édgar Hernán Fuentes Contreras por la invitación a presentar esta ponencia en la Universidad Jorge Tadeo Lozano y por su amable hospitalidad en la ciudad de Bogotá.

** Abogado de la Universidad Federal de Juiz de Fora. Maestre de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro. Actualmente es profesor de la Universidad Federal de Minas Gerais. Autor de diversos textos y publicaciones, entre los cuales se incluyen los libros *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica* [Teoría del derecho y decisión racional: temas de teoría de la argumentación jurídica] y *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis* [Argumentación contra legem: la teoría del discurso y la justificación jurídica en los casos más difíciles].

fundamental y de su fundamentación lógico-transcendental— y en el proceso de aplicación del derecho. En la primera sección es ofrecida una breve explicación de la dinámica jurídica en Kelsen y de la alternativa de concebir el sistema jurídico como un sistema estático, con el fin de contextualizar el tema y asentar algunas de las premisas generales del debate sobre la fuerza normativa de la jurisprudencia. La segunda sección, por su turno, explica el proceso de creación del derecho según la teoría pura del derecho y la negación de la tesis de que los jueces crean derecho por parte del neoformalismo jurídico de Eugenio Bulygin. En efecto, este autor sostiene que los jueces ni están autorizados para crear normas individuales al decidir casos concretos, ni lo podrían hacer, ya que las normas individuales que ellos establecen pueden ser deducidas de las normas generales establecidas en las fuentes formales del derecho. La única excepción serían los casos en que el propio orden jurídico atribuye fuerza vinculante a los precedentes judiciales de determinados órganos. Finalmente, en la sección tercera abordo dos clases de cuestiones relacionadas. La primera tiene que ver con el aspecto epistemológico del pensamiento jurídico de Kelsen. La epistemología constructivista que este autor presupone influye decisivamente en su análisis del derecho judicial. La segunda es un intento de especificar la tesis kelseniana de que todo acto de aplicación del derecho es también un acto de producción de una norma jurídica. Con la explicación de las “transformaciones” o “saltos no deductivos”, que inevitablemente ocurren en la justificación de las decisiones jurídicas, y con la caracterización de las reglas individuales producidas por los jueces como reglas constitutivas, al menos en los casos en que definen conceptos, se espera demostrar tanto que la dinámica jurídica ofrecida por la

teoría pura del derecho resiste a las objeciones de Bulygin, cuanto que esa misma teoría puede constituir la base para futuros avances en la teoría del derecho y en la teoría de la argumentación jurídica.

1. La dinámica jurídica de Kelsen versus los sistemas jurídicos deductivos

Una de las distinciones fundamentales que hace la teoría pura del derecho es diferenciar un sistema normativo “estático” de un sistema normativo “dinámico”. Como lo explica Kelsen, las normas de un sistema normativo del primer tipo “valen por su contenido”. A título ilustrativo, las normas “no se debe mentir”, “no se debe engañar”, “se debe mantener la palabra empeñada”, “no se debe prestar falso testimonio” podrían todas derivarse de la norma que ordena decir la verdad. Consecuentemente, explica Kelsen con su habitual claridad, “[...] puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular” (Kelsen, 1981, p. 203). En un sistema dinámico, por su parte, una norma no puede ser deducida de esta manera de otra norma jurídica superior. La relación entre una norma general (superior) y otra norma individual (inferior) se establece en el sentido de que esta última se produce de conformidad con aquella. El acto de aplicación de la norma general es un acto de creación de la norma individual, por cuanto ésta tiene un contenido normativo adicional con relación a la norma que la fundamenta. Dicho acto de creación normativa es necesario porque toda norma posee cierto grado de indeterminación. Ninguna norma predetermina de forma conclusiva o inequívoca todas sus consecuencias. Sin embar-

go, la norma general (superior) conduce el proceso de creación de la norma individual (inferior) y anticipa sus posibles sentidos. La relación entre la norma general (establecida por el legislador) y la norma individual (establecida por una sentencia judicial) es una relación de fundamentación (ya que la sentencia se fundamenta en la ley), pero que no desfigura la interpretación como proceso creativo o constructivo: el juez crea una norma individual al aplicar la norma legal que le sirve de fundamento. De este modo, si la ley prevé para el homicidio una pena mínima de seis años de prisión, la decisión judicial que establezca la pena de seis, siete u ocho años de prisión para Pedro por el hecho de haber matado a Juan contiene una norma individual que todavía no estaba contenida en la norma que le sirvió de fundamento. La norma general no especifica, por ejemplo, el régimen inicial del cumplimiento de la pena (si cerrado o abierto), el tiempo y el lugar en que debe ser cumplida la pena, las circunstancias que se aplican al caso, etcétera.

La idea kelseniana de un sistema dinámico presupone un constructivismo social según el cual todos los hechos sociales y todas las normas jurídicas son construcciones humanas, y no algo reducible a hechos naturales ni a otras normas jurídicas promulgadas anteriormente. Lo que determina la validez de una norma o el carácter jurídico de un acto no es su facticidad, su existencia en la naturaleza, sino el sentido objetivo de esta norma o de este acto, es decir, el sentido que ellos tienen para el derecho. Este sentido objetivo se diferencia del sentido subjetivo que estos actos tienen para sus autores y sólo puede determinarse con referencia a las normas que les atribuyen un sentido jurídico específico. Estas últimas normas, a su vez, también son reconocidas como jurídicas por haber sido producidas de con-

formidad con otras normas superiores que le hayan atribuido validez: “[...] La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho —o contrario a derecho—, es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma” (Kelsen, 1981, p. 18).

Un sistema jurídico dotado de una dimensión dinámica se caracteriza por disciplinar su propia creación. La producción de normas jurídicas individuales es una actividad regulada por normas superiores que determinan el proceso por medio del cual las primeras son producidas. El derecho, en esta perspectiva, posee una estructura escalonada en que “[...] a norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior” (Kelsen, 1981, p. 232).¹ La aplicación de una norma general es a la vez la creación de una norma individual: “[...] una norma que determina la producción de otra, es aplicada en la producción por ella determinada de la otra norma. Aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. [...] Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho” (Kelsen, 1981, p. 244).

Al revés de lo que sostienen Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, por ejemplo, no se acepta la idea de que el sistema jurídico es un sistema normativo axiomático o un “conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias”, de forma que sería posi-

1 Como lo explica Kelsen, “[...] el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esta otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta”. (Kelsen, 1981, p. 232).

ble establecer una “correlación deductiva” perfecta entre los casos afrontados por los juristas prácticos y las soluciones previstas en las normas que componen este sistema normativo (Alchourrón y Bulygin, 2002, pp. 92-93). Para esos autores, la función misma de un sistema normativo consiste “[...] en establecer correlaciones deductivas entre casos y soluciones, y esto quiere decir que del conjunto formado por el sistema normativo y por un enunciado descriptivo de un caso, se deduce el enunciado de una solución” (Alchourrón y Bulygin, 2002, p. 93, *itálicas del autor*). El contraste entre la concepción dinámica de Kelsen y la concepción estática de Bulygin salta a la vista. Para este autor, “[...] si no existieran relaciones lógicas entre normas jurídicas y si fuera imposible la derivación de una norma individual de una norma general, entonces las normas generales carecerían de sentido y la legislación, es decir, la creación de normas generales sería una empresa vana” (Bulygin, 2005, p. 79).

Las implicaciones de este debate para la teoría general del derecho son múltiples. Aquí nos van a interesar, específicamente, las repercusiones de esta discusión sobre la creación judicial del derecho. Veremos, en el próximo apartado, cómo estas dos concepciones del sistema jurídico perciben las normas producidas por el poder judicial.

2. El problema de la creación judicial de derecho

2.1. La jurisprudencia según la teoría pura del derecho

Cuando Kelsen sostiene la tesis de que la función judicial envuelve necesariamente la creación de normas individuales, el fundamento de esta tesis se encuentra en la aserción más general de que

la unidad del orden jurídico (la conexión de dependencia entre las normas jurídicas que pertenecen a ese sistema jurídico) proviene del hecho de buscar la norma su fundamento de validez en alguna otra norma de rango superior. En su teoría, la relación establecida entre esas normas jurídicas es descrita de la siguiente manera:

La norma general que enlaza a un hecho determinado en abstracto, una consecuencia también abstractamente determinada, requiere, para poder ser aplicada, individualizarse. Tiene que establecerse si, en concreto, se ha producido el hecho que la norma general determina en abstracto, y, en ese caso concreto, tiene que imponerse un acto coactivo concreto; es decir, tiene previamente que ordenarse, y luego llevarse a cabo un acto coactivo que también se encuentra determinado en la norma general. De ahí que la aplicación de una norma general a un caso concreto consista en la producción de una norma individual, en la individualización (o concretización) de la norma general (Kelsen, 1981, p. 240).

Para decirlo de una forma sencilla, no es posible aplicar una norma general sin crear una nueva norma que la individualiza. Las sentencias judiciales –incluso las sentencias que reconozcan la inconstitucionalidad de una norma general– tienen carácter constitutivo, y no declarativo. Analizado el ordenamiento jurídico desde un punto de vista dinámico, “[...] la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción” (Kelsen, 1981, p. 246).

Esta “etapa intermedia” es necesaria justo por la imposibilidad de deducirse directamente de una norma general la solu-

ción para los casos concretos. El proceso de individualización o concretización del derecho es, por consiguiente, un proceso sin interrupciones en que el derecho se “autorreproduce permanentemente” (Kelsen, 1981, p, 246).

Esta necesidad de individualización normativa radica en una propiedad categórica del lenguaje ordinario, que es el medio por el cual todas las normas son expresadas. Para Kelsen, la indeterminación semántica, en mayor o menor extensión, es inevitable en la comunicación por palabras y enunciados. A pesar de que la norma superior determina no sólo el proceso de creación de la norma inferior sino también su contenido, esta determinación “nunca es completa”, ya que “siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la discrecionalidad judicial” (Kelsen, 1981, p. 350). La norma general define nada más que un marco que debe llenar el intérprete auténtico del derecho en el momento en que la aplica y crea la norma individual (Kelsen, 1981, p. 350). Este marco puede ser más o menos amplio, pero siempre se hará presente en la interpretación y en la individualización de las normas jurídicas (Kelsen, 1981, p. 254). La decisión del intérprete acerca de qué sentido posible para la norma individual debe prevalecer en el supuesto, es por lo tanto una elección entre un sinnúmero de posibilidades de aplicación del derecho: “[...] todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible” (Kelsen, 1981, p. 351).

En lo que respecta a la interpretación del derecho —que es el proceso por el que se determina el sentido de los textos normativos que transmiten normas jurídicas—, Kelsen conduce su argumento al extremo, al sostener que el interrogante de cuál,

entre las posibles alternativas interpretativas, es la “correcta” no es una pregunta de la teoría del derecho, sino una indagación que concierne a la “política del derecho”: “[...] La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta” (Kelsen, 1981, p. 353), de modo que se debe concluir que no hay una diferencia cualitativa entre las actividades de legislación y adjudicación.

Además, no se excluye la posibilidad de que la Constitución atribuya a un tribunal competencia para no sólo producir en sus sentencias normas individuales, válidas para el caso *sub judice*, sino también normas generales (Kelsen, 1981, p. 258 y ss.). En ésta hipótesis, cuando el orden jurídico confiere competencia al tribunal para establecer normas generales en sus precedentes judiciales, Kelsen habla de una “ampliación consecuente de la función de producción de derecho del tribunal” (Kelsen, 1981, p. 259), o, lo que es lo mismo, de una mayor descentralización de la función legislativa. La validez y la autoridad de los precedentes dependerán, con todo, de la existencia de una norma en el sistema jurídico en cuestión, que lo reconozca. Dicha norma es una “norma de derecho material” que por vía de regla hace parte de la constitución jurídico-positiva.

2.2. Un contrapunto crítico: la jurisprudencia según Eugenio Bulygin

Ya vimos que la teoría de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin tiene puntos importantes de divergencia con la teoría pura del derecho. El punto que nos interesa en este trabajo

es la (im)posibilidad de derivación lógica de las normas jurídicas. Bulygin cree que la posibilidad de inferirse normas individuales a partir de las normas generales es una condición de racionalidad para el derecho. Él argumenta que uno de los principios consagrados expresamente en los sistemas jurídicos modernos es la exigencia de que las decisiones judiciales deben ser fundadas. Sólo se podría cumplir con esa exigencia si fuera posible fundamentar una decisión jurídica en una norma general. Y el único sentido válido de “fundamentación” o “justificación”, para ese autor, es la justificación lógica en sentido estricto. El verbo “fundamentar” aquí aparece en un sentido diverso del que utiliza Kelsen. Para Bulygin, “[...] el fundamento de una decisión es una norma general de la que aquella es un caso de aplicación”. La relación entre dicha norma y la conclusión es una relación lógica, no causal. Para expresarlo en las propias palabras del autor, “[...] una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general” (Bulygin, 1991, p. 356).

Bulygin critica de forma incisiva la idea de Kelsen según la cual los jueces crean normas individuales al aplicar las normas generales de un sistema normativo. La propia función del sistema normativo, como ya vimos, sería posibilitar la deducción de soluciones concretas por medio de un razonamiento analítico. Argumenta el autor de *Normative Systems* que una norma sólo puede ser considerada “creada” por una autoridad normativa si su contenido “[...] no es idéntico al de alguna otra, perteneciente al mismo orden jurídico, ni consecuencia lógica (deductible) de otras normas” (Bulygin, 1991, p. 360). Su argumento más interesante parece ser éste: una sentencia puede estar fundada –y en este sen-

tido ser “deductible”– sólo si la resolución del caso concreto “es consecuencia lógica” de los considerandos elaborados en su parte motiva, es decir, si la solución puede deducirse de “... la norma general fundante, las definiciones en juego y los hechos del caso” (Bulygin, 1991, p. 360). Según el autor, sólo en una sentencia arbitraria no es así; “[...] al juez le está prohibido crear normas individuales, pues tiene el deber de inferirlas de las normas generales y de los hechos del caso” (Bulygin, 1991, p. 361).

La llave de este argumento es la idea de que la aplicación de una norma jurídica no es más que la subsunción de los hechos del caso en la norma general enunciada por el legislador. Bulygin no niega, con todo, que hay una distancia a ser mediada entre la norma general y los hechos del caso, pero sostiene que esa distancia puede ser eliminada en la medida en que el juez elabore definiciones en la parte motiva de la sentencia. “[...] Son relativamente raros los casos en que los jueces tienen oportunidad para crear una norma nueva. Las más de las veces lo que crean los jueces no son normas, sino enunciados definatorios, es decir, enunciados que determinan la extensión de un concepto” (Bulygin, 1991, p. 369). Cuando los tribunales definen conceptos como el de “locatario pudiente” o “interés usurario”, no están dictando normas, sino definiendo conceptos. Esos conceptos pueden adquirir vigencia y, en esta medida, ser incorporados al sistema jurídico. Es en ese sentido que la jurisprudencia suele ser considerada una fuente del derecho.

Bulygin contesta, por lo tanto, la idea de que los jueces “crean” derecho al realizar la individualización de las normas generales frente a casos concretos. Las actividades de “aplicación”

y de “creación” del derecho se vuelven nuevamente separadas, y el aspecto dinámico del sistema jurídico se desvanece. Esa conclusión puede ser demostrada, por ejemplo, cuando Bulygin distingue el concepto de sistema jurídico –que constituye “... un conjunto finito de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas”– del concepto de orden jurídico, que abarca una secuencia temporal de sistemas jurídicos (cfr. Rodríguez y Sucar, 1998, p. 282). Con cada modificación en la interpretación de un enunciado normativo, los teóricos del derecho deben elaborar un nuevo sistema normativo igualmente axiomático y deductivo.

Hay, con todo, una hipótesis en que Bulygin admite que los jueces “crean” derecho. Cuando no hay una norma jurídica aplicable –es decir, en casos “no previstos por el orden jurídico”– el juez puede estar autorizado a crear normas generales para solucionar el caso concreto. Es así, por ejemplo, siempre que el juez emplea el procedimiento analógico para crear nuevas normas jurídicas. El juez establece no una norma individual, sino una norma general de la cual el caso solucionado es una instancia de aplicación. Advierte Bulygin, con todo, que este poder de “creación” –o quizás “integración”– del derecho es estrechamente limitado, pues no se trata de una creación *ex nihilo*. Sin embargo, aunque se admita este poder creativo de los jueces, lo que se crean no son normas individuales, sino únicamente normas generales (Bulygin, 1991, p. 362).

3. La respuesta de la teoría pura del derecho

Hay por lo menos dos clases de preguntas que son relevantes para decidir si es fundada la objeción de Bulygin contra las tesis de

Kelsen sobre el carácter creativo de la jurisprudencia. La primera está relacionada con el aspecto epistemológico de la teoría pura del derecho: ¿por qué no puede haber relaciones lógicas entre las normas jurídicas? O aun, “¿qué tipo de realidad es el derecho?” (García Amado, 1996. p. 129). La segunda es menos compleja, pero igualmente importante: ¿Cómo opera la individualización del derecho? ¿Qué tipo de normas son las normas individuales producidas por los órganos de aplicación del derecho?

Las respuestas que se encuentran en los escritos de Kelsen y en la literatura secundaria sobre este autor nos van a mostrar por qué la teoría pura del derecho resiste a los ataques del neoformalismo jurídico de Bulygin.

3.1. La epistemología por detrás del concepto kelseniano de “aplicación del derecho”

En sus estudios sobre la norma fundamental de Kelsen, el profesor Juan Antonio García Amado explica el carácter normativo de la jurisprudencia en la teoría de Kelsen con el siguiente razonamiento: el poder decisorio de los jueces se justifica en el pensamiento de Kelsen por su función pacificadora de eliminar las disputas y discusiones sobre el derecho. La actividad de los jueces “[...] se trata propiamente de decisión, y no de averiguación de ninguna verdad absoluta, porque no cabe el conocimiento de tales verdades, ni siquiera en el derecho y en la aplicación de normas. Por eso, es insoslayable la dimensión creativa de la aplicación del derecho” (García Amado, 1996, pp. 227-228).

Una mirada sobre las bases epistemológicas de la teoría pura del derecho puede elucidar las razones de fondo de dicha con-

clusión. Surgen, en este sentido, dos indagaciones correlacionadas, cuyas respuestas busca el autor citado: ¿cuál es la base de la autonomía del derecho en Kelsen? ¿Cómo la noción de “deber” (*sollen*), que autonomiza y distingue el derecho, debe ser interpretada?

Al contestar esas preguntas, García Amado sostiene que “[...] la autonomía del derecho, su independencia y especificidad es *construida* y no dada en ningún género de realidad preexistente al conocimiento” (García Amado, 1996, p. 124). (Texto en letras itálicas del autor).

En efecto, hay por lo menos dos interpretaciones alternativas de la noción de deber como categoría formal que define el derecho. La primera es una interpretación ontológica de ese “sustrato básico de lo jurídico”. En esta interpretación, se acepta que el conocimiento se depara con una “[...] esfera de realidad que en sí misma existe y ‘es’ de un determinado modo y que, en virtud de ese su ‘ser’ así, no puede ser de otro modo ni ser negada” (García Amado, 1996, p. 124). El “ser” derecho es interpretado como un objeto o una cosa que existe en la realidad y cuya esencia puede ser conocida de modo verdadero o falso. Eso supone la existencia, siempre, de un “conocimiento verdadero” sobre el derecho.

En contra de la concepción ontológica del “deber” jurídico, García Amado interpreta las categorías fundamentales del pensamiento kelseniano como una epistemología constructivista que reconstruye su objeto en el pensamiento del sujeto cognoscente con fines interpretativos y pragmáticos. “[...] Así visto, el *sollen* no es realidad ontológica previa, sino categoría lógica al servicio de una manera de interpretar el mundo social, parte de la lógica

interna de un sistema de pensamiento que subyace a un modo de articular la praxis social como praxis organizada, ordenada” (García Amado, 1996, p. 125). Por lo tanto, cuando Kelsen argumenta que las esferas del “ser” (*sein*) y del “deber” (*sollen*) están separadas y por eso un ser sólo puede derivarse de otro ser así como un deber sólo puede derivarse de otro deber, “[...] con eso no se está aludiendo a la mecánica de un mundo subsistente por sí mismo y que opere así al margen de todo pensamiento, sino al modo de cómo puede pensarse la realidad, a la manera en que el conocimiento interpreta el mundo y los acontecimientos” (García Amado, 1996, p. 127).

El plano de lo normativo está situado en el plano de la “idealidad”, contrapuesto al de la “realidad”, de suerte que la pregunta planteada en las líneas iniciales de esta sesión (¿Qué tipo de realidad es el derecho?) puede ser contestada con las siguientes palabras del mismo comentarista:

[...]Al analizar la normatividad no nos situamos en el ámbito de lo real, sino de lo ideal. El derecho en cuanto tal no es un objeto perceptible sensorialmente, no es un ‘trozo de la realidad natural’; las normas jurídicas, en cuanto ‘elementos espirituales’, son representaciones que se dan ‘en la conciencia del que conoce’, ‘en la conciencia de los individuos’, ‘en la mente de los seres humanos’. Pero esto no significa ni que el derecho carezca de cualquier género de realidad ni que esta sea la realidad de un ente preexistente al conocimiento, al modo de las ideas platónicas. ‘Ciertamente –dice Kelsen– se puede también hablar de un ‘ser’ o una ‘realidad’ del derecho, sólo que éste es un ser o una realidad distinta de la de la naturaleza’. Pero ésa no es una realidad ideal (en el sentido del idealismo), sino ‘espiritual’ del intelecto, esto es, construida

por el pensamiento y operativa sólo a partir de ahí; no es una realidad metafísica, sino intelectual” (García Amado, 1996, p. 129. Las referencias citadas por el autor fueron aquí omitidas).

La larga citación arriba se justifica por ser una de las más lúcidas explicaciones de la teoría del conocimiento presupuesta por Hans Kelsen. Como queda claro en las palabras de García Amado, la epistemología de Kelsen excluye el ideal platónico de que existiera algún tipo de ente ideal preexistente al conocimiento, lo cual pudiera ser “reflejado” o meramente capturado por el pensamiento.

Todo eso es perfectamente coherente con el relativismo filosófico de Kelsen, que ve la realidad como relativa al sujeto cognoscente, en contraposición al absolutismo filosófico, esto es, “[...] la concepción metafísica de la existencia de una realidad absoluta, es decir, una realidad que existe independientemente del conocimiento humano” (Kelsen, 1993, p. 164).²

Es ese mismo anti-absolutismo filosófico lo que explica también la tesis de que no se puede deducir las normas indivi-

2 La opción de Kelsen por el relativismo filosófico está estrechamente ligada con su opción por la democracia y el presupuesto de la igualdad de los hombres en cuanto sujetos del conocimiento. Si no hay un conocimiento absoluto de los valores, la forma democrática de toma de decisiones se vuelve la más racional, mientras que si existe una realidad absoluta, incluso valores absolutos que dicen lo que es justo según parámetros objetivos, la democracia se vuelve superflua e incluso puede llevar a opciones políticas erróneas. La democracia, por lo tanto, puede ser descrita como un relativismo político: “Legislar [...] significa determinar el contenido de un orden social, no de acuerdo con lo que, objetivamente, es lo mejor para los individuos sometidos a este orden, sino según lo que esos individuos, o su mayor parte, correcta o incorrectamente acreditan ser lo mejor” (Kelsen, 1993, p. 202). [...] Los ideales de igualdad y democracia presuponen –prosigue Kelsen–, la no existencia de una respuesta absoluta sobre lo que es mejor” –es decir– “[...] que no existe algo como un bien absoluto” (Kelsen, 1993, p. 202).

duales de las normas generales que les dan fundamento. En ese particular, el contraste entre las concepciones de Kelsen y Bulygin puede ser claramente visualizado.

Como ya vimos, Bulygin visualiza el sistema jurídico como un sistema estático y cerrado, es decir, un sistema del cual se puede deducir lógicamente las soluciones jurídicas de todos los casos de aplicación de las normas de dicho sistema (Alchourrón y Bulygin, 2002, p. 92 y ss.). La derivación de una norma individual a partir de una norma general es un proceso mecánico en la medida en que las primeras ya están contenidas en las últimas.

Además, cuando se observa el modo como Bulygin define algunos de los conceptos jurídicos fundamentales, parece que este autor confía únicamente o en lo que es dado por la experiencia o en lo que puede ser deductivamente demostrado. Así, la validez de una norma se verifica “si, y sólo si, ha sido dictada por una autoridad competente” (presuponiéndose la posibilidad de derivar lógicamente estas competencias de las normas generales); la obligatoriedad, existe “si, y sólo si, las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber de aplicarla” (presuponiéndose la posibilidad de deducir ese deber de una norma); la existencia, a su vez, se define exclusivamente como “un concepto fáctico”, claramente distinguible de los conceptos normativos (presuponiéndose la capacidad de percibir eso como un dato empírico); la vigencia, de manera semejante, se verifica si, y sólo si, se puede afirmar (empíricamente) que una norma “será aplicada en caso de que se dieran las condiciones para su aplicación”; y la eficacia, por último, es definida como la característica (también empírica) de una norma ser obedecida por los sujetos a los que se dirige (Bulygin, 1991, p. 364).

El aparato conceptual de Kelsen, por otro lado, es más sofisticado. Veamos el ejemplo del concepto de validez de una norma jurídica. Una norma jurídica, lo sabemos todos, es definida por Kelsen como “[...] el sentido de actos de voluntad de las personas que crean y aplican el derecho” (Kelsen, 2005, p. 57). Por una parte, la norma es el sentido subjetivo del acto que la crea, es decir, el sentido que ella tiene para las propias autoridades que la formulan. Pero no es ese sentido lo que hace de una norma una norma jurídica: que ese sentido sea una norma válida “significa que es interpretado también como el sentido objetivo de este acto”. El sentido objetivo o estrictamente jurídico de una norma, “su significación propia en derecho”, se determina “[...] a través de una norma que se refiere a ella con su contenido, que le otorga significación en derecho” (Kelsen, 1981, p. 17).³ “[...] El que una norma jurídica sea ‘válida’ significa que ella y sus funciones no son sólo el sentido subjetivo, sino también el sentido objetivo de un acto de voluntad mediante el cual –como se dice en forma figurada– es creada esta norma” (Kelsen, 2005, pp. 57-58).

El anti-absolutismo de Kelsen también se manifiesta en este aspecto. Es necesaria una mediación subjetiva del intérprete para pasar de un nivel normativo a otro, es decir, para llegar a una norma individual desde una norma general. “[...] Kelsen es relativista también en su teoría del conocimiento” (García Amado, 1996, p. 133), y eso incluye el conocimiento sobre normas. El sentido objetivo de una norma es determinado, por lo tanto, por las le-

3 Al final de esta cadena de fundamentación está, como es sabido, la norma fundamental o la última norma básica del sistema jurídico, que no puede ser una norma puesta, sino presupuesta.

yes que rigen el pensamiento y el conocimiento (García Amado, 1996, pp. 133-134). Las leyes lógicas y las exigencias pragmáticas presupuestas para un conocimiento intersubjetivamente compartido garantizan la objetividad del conocimiento y rechazan el solipsismo y el pluralismo, pese al hecho de que el conocimiento sea necesariamente creativo.⁴

Imaginar normas de las cuales se pudiera deducir lógicamente otras normas sería por lo tanto una incoherencia con el sistema de pensamiento de Kelsen, ya que todas las normas individuales estarían ya contenidas en las normas generales. El sistema jurídico perdería su carácter dinámico y la indeterminación del lenguaje sería negada. Y, quizás lo más importante, la epistemología de Kelsen sería sustituida nuevamente por el absolutismo filosófico.

3.2. Las transformaciones en el derecho y las reglas constitutivas: una mirada hacia la individualización del derecho

Ya vimos que la aplicación del derecho en el pensamiento de Kelsen es también creación del derecho, pues la relación entre normas jurídicas, a pesar de ser una relación de fundamentación, no se establece por un proceso deductivo. Como hay siempre un grado de indeterminación semántica en las normas jurídicas, hay campo para que el intérprete llene el espacio de indeterminación y de este modo

4 Para Kelsen, todavía presuponiéndose la interpretación de García Amado, hay ciertas normas que determinan el proceso cognitivo y que de ese modo “[...] permiten distinguir lo que es el conocimiento racional de la realidad de lo que es mera expresión de emociones subjetivas” (García Amado, 1996, p. 135). Si bien todo acto de interpretación es subjetivo, hay algo de estable o intersubjetivo en todos los enunciados interpretados por los juristas. Que el conocimiento sea un proceso creativo, no implica que sea arbitrario.

participe en el proceso de creación del derecho, toda vez que la decisión es la continuación del proceso de producción del derecho. En los casos difíciles, esta distancia entre una norma y otra suele ser tan larga que las normas generales ofrecen una orientación muy débil para sus destinatarios. En este sentido, por ejemplo, Carlos Bernal Pulido considera importante reconocer una cierta fuerza vinculante de la jurisprudencia, principalmente en cuestiones constitucionales, pues las normas individuales establecidas por los tribunales superiores contribuyen a la búsqueda de la coherencia, al respeto al principio de igualdad, a la garantía de la estabilidad del sistema jurídico y a la reducción de la discrecionalidad de los jueces de inferior jerarquía (Bernal Pulido, 2005, pp. 200). Las normas individuales creadas por la jurisprudencia asumen una función relevante en el razonamiento jurídico al reducir el grado de indeterminación de la Constitución:

En los casos difíciles, entre las circunstancias del caso y la disposición media una gran distancia que sólo puede acortarse por una norma que tenga relación con el caso, y que se pueda fundamentar en la disposición que se encuentra en las fuentes formales del derecho. La jurisprudencia se encarga de fundamentar y concretar dichas normas, que reciben la denominación de normas adscritas porque se adscriben a las disposiciones existentes en las fuentes jurídicas (Bernal Pulido, 2005, p. 212).

Como existe una distancia entre la norma general y la norma individual producida de conformidad con ella, puede decirse que el conocimiento jurídico y la argumentación jurídica de modo general están basados en “saltos no deductivos” o “transformaciones jurídicas”. Sólo se puede reconstruir deductivamente una decisión jurídica o sus etapas si estas transformaciones son explicitadas en cadenas de

silogismos. Pero, ¿qué son estas transformaciones y cómo puede el jurista identificarlas? Quizás la teoría de Aleksander Peczenik puede proveernos una respuesta satisfactoria. Este autor define las “transformaciones” o “saltos no deductivos” del siguiente modo:

Una transformación de p en q es realizada si, y sólo si, las siguientes condiciones son cumplidas: (a) la verdad (o la validez, etcétera) de p es proferida como una razón suficiente para la afirmación de q ; (b) q no se sigue deductivamente de p ; y (c) la adición de una premisa trivial y comúnmente conocida no vuelve la transición de p a q una inferencia deductiva (Peczenik, 1983, p. 3).

En el contexto de justificación de las normas jurídicas individuales, las transformaciones pueden ser criticadas o defendidas, consideradas correctas o erróneas. Para fundamentarlas, son establecidas ciertas “reglas de transformación” que funcionan como “reglas de inferencia” para garantizar las conclusiones alcanzadas por medio de las transformaciones. Esas reglas de inferencia, que son añadidas por el hablante y deben ser justificadas por medio de argumentos aptos para resistir a las críticas de los posibles interlocutores, pueden tornar deductivo un paso no-deductivo (una transformación). Un enunciado q establecido por medio de una transformación se vuelve deductivo si se establece una regla de inferencia del tipo $p \rightarrow q$ (Peczenik, 1983, pp. 4-5).

En el discurso jurídico, aún siguiendo la teoría de Peczenik, hay dos tipos de transformaciones: 1. Por una parte, puede hablarse de las “transformaciones en derecho” (*transformations into law*), por medio de las cuales se establece que una determinada norma es una norma jurídica válida. Esta transformación presupone un criterio

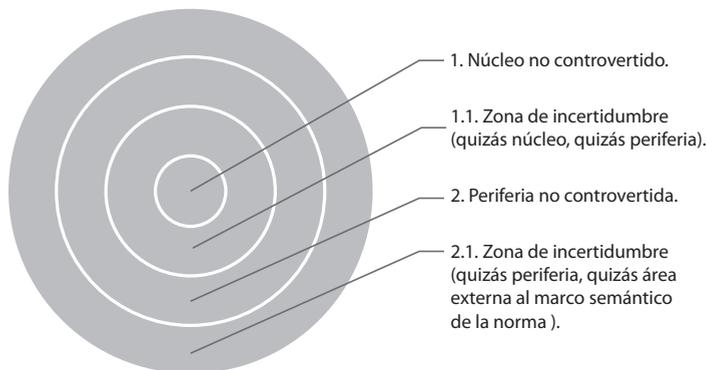
de identificación del derecho válido, como por ejemplo la idea de la norma básica (*Grundnorm*) de un sistema jurídico (Peczenik, 1983, p. 25 y ss.). 2. Por otra parte, hay también las “transformaciones dentro del derecho” (*transformations inside the law*). Una transformación dentro del derecho ocurre “cuando alguien realiza la transformación con vistas a derivar, desde un conjunto de premisas entre las cuales al menos una sea una norma jurídica válida, una conclusión concerniente al derecho válido” (Peczenik, 1983, p. 33). Como aquí nos interesa únicamente la aplicación del derecho, nos concentraremos en el segundo tipo de transformaciones.

Las transformaciones dentro del derecho suelen incluir tres clases de transformación. En primer lugar, puede derivarse una conclusión sobre una determinada fuente del derecho. La transformación, aquí, es calificada como una “transformación-fuente” (*source-transformation*). Un ejemplo de una transformación-fuente es la decisión de que un determinado precedente judicial es autoritativo y por lo tanto cuenta como una fuente obligatoria del derecho. En segundo lugar, un salto no deductivo puede establecer una norma general no escrita con fundamento en las fuentes del derecho. Tenemos, entonces, una “transformación normativa general” (*general norm-transformation*). Eso es lo que pasa, por ejemplo, cuando el intérprete deriva un principio general de derecho inductivamente, describiéndolo como subyacente al conjunto de reglas jurídicas que regulan una institución. En tercer lugar, una transformación jurídica suele ser establecida para permitir la transición de una norma general hacia una norma individual necesaria para justificar la resolución de un determinado caso concreto. Todas las hipótesis de individualización de normas jurídicas de que habla Kelsen son transformaciones

de este último tipo, las cuales son denominadas “transformaciones normativas individuales” (*individual norm-transformations*) (Peczenik, 1983, pp. 33-69).

Con las lecciones de Kelsen en mente, Peczenik sostiene que “la aplicación del derecho exige una transformación normativa individual” (Peczenik, 1983, p. 48). Este tipo de transformación lo hacen los jueces todas las veces que crean las normas individuales que elaboran en las etapas intermedias del razonamiento que empieza en las normas generales establecidas en la ley y termina en la norma concreta que decide el caso *sub judice*.

Las transformaciones normativas individuales pueden ser clasificadas en tres categorías: las transformaciones clarificadoras (*secundum legem*), las creativas o supletorias (*praeter legem*), y las correctivas (*contra legem*) (Peczenik, 1983, p. 48). Si aceptamos la idea de que toda norma tiene un núcleo semántico no controvertido (*uncontroversial core*), un área de periferia, y un área externa a su marco semántico, podemos representar sus situaciones de aplicación según el diagrama siguiente (Peczenik, 1983, p. 50):

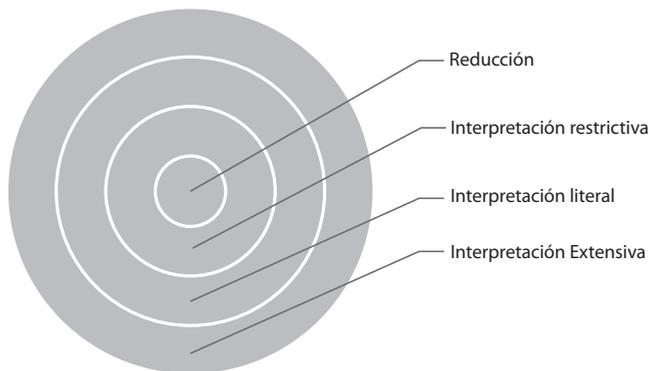


El núcleo no controvertido (1) comprende los sentidos indiscutiblemente comprendidos en el marco semántico de una norma

jurídica: no puede haber divergencia sobre su significado normativo. La periferia (2), por su parte, se refiere a los sentidos que aproximadamente o según criterios no literales se puede reconducir al marco de un enunciado normativo general. La zona externa a una norma (3) comprende los casos que no caen bajo ninguno de los significados posibles de una expresión normativa utilizada por el legislador. La zona limítrofe entre el núcleo semántico y la periferia (la zona “quizás núcleo, quizás periferia”) (1.1), así como el área limítrofe entre la periferia y la zona externa al marco semántico de la norma (2.1), comprenden los casos en los cuales suele haber divergencia acerca de si una propuesta de interpretación puede o no ser comprendida en la periferia de la norma.

En cualquier caso, la transición de una norma general a una norma individual requiere una transformación o un salto no deductivo. Al hacer esas transformaciones, los jueces crean derecho y deciden casos concretos.

Suelen ocurrir, además, operaciones de modificación o reinterpretación de normas ya conocidas por el intérprete. En ese caso, explica Peczenik (1983, p. 51), tenemos una “transformación en el área de aplicación de una norma jurídica”. Véase:



En el diagrama arriba, también elaborado por Peczenik (1983, p. 51), están gráficamente representadas las transformaciones que uno puede hacer en el área semántica de una norma jurídica ya interpretada.

(1) Los casos de reducción, por demás raros, son aquellos en que se elimina parte del núcleo semántico no controvertido de una norma jurídica (son, por lo tanto, decisiones *contra legem*). (2) Los casos de interpretación restrictiva, de manera diferente, interpretan la norma de modo que abarque únicamente su núcleo no controvertido, descartándose todos los demás sentidos posibles para el texto normativo. (3) La interpretación literal comprende el núcleo no controvertido y la parte de la periferia que suele ser aceptada en el lenguaje ordinario. (4) La interpretación extensiva, a su vez, alarga el sentido de una norma hasta donde lo permita el significado más amplio de las expresiones utilizadas por el legislador. Y, finalmente, (5) la conclusión por analogía legal aplica una norma a supuestos no comprendidos en su supuesto de hecho, es decir, crea una nueva norma general para casos que podrían ser resueltos según los mismos criterios de la norma analógicamente aplicada (Peczenik, 1983, p. 51).

Como queda claro, incluso en los casos más fáciles –los casos de interpretación literal– es necesario un acto del intérprete para establecer el sentido de los conceptos y las definiciones utilizadas por el legislador. En este sentido, la teoría pura del derecho no tiene gran dificultad para rebatir el principal argumento de Bulygin contra la tesis de que los jueces necesariamente crean nuevas normas individuales al aplicar las normas generales existentes en la legislación. Cuando Bulygin afirma que los tribunales no crean

normas, sino que definen conceptos, no es difícil observar que cada vez que un tribunal define un concepto, una transformación se opera dentro del derecho. Los conceptos no pueden ser deducidos de las normas generales, pues constituyen justo la determinación de lo que quedaba indeterminado en la formulación original de la norma. Cuando los tribunales establecen el sentido o (parte de) la extensión de las expresiones empleadas por el legislador, ellos no están meramente describiendo una realidad, sino creando conexiones de sentido y atribuyendo nuevos contenidos concretos de regulación jurídica. Una norma que diga sin más que está protegida la libertad de manifestación de pensamiento desde que esta manifestación no interfiera injustificadamente en el honor o la privacidad de las personas dice muy poco acerca de lo que debe hacerse cuando un periódico decide publicar documentos sobre la vida personal de un candidato a un cargo político en las elecciones mayoritarias. Una norma que protege la libre manifestación de pensamiento en el Parlamento pero prohíbe discursos discriminatorios o propuestas de abolir el sistema federativo o la forma democrática de deliberación política también dice muy poco sobre el contenido concreto del discurso *X* o del proyecto de ley *Y*. En todos esos casos, se hace necesaria una mediación individualizadora del intérprete para que estas normas tengan un contenido concreto de regulación.

Cada vez que un juez, un tribunal o cualquier otra autoridad competente para aplicar el derecho define conceptos o establece el sentido concreto de esta norma y así concretiza el marco de esa misma norma, este juez, tribunal o autoridad está creando con este acto una regla constitutiva que “crea o define nuevas formas

de comportamiento” relevantes para el derecho (Searle, 1969, p. 33). Una norma constitutiva establece el sentido que un determinado acto o hecho tiene en el discurso del hablante (Searle, 1969, p. 36). En el discurso jurídico, si este hablante es una autoridad que realiza actos de habla para determinar el estatus jurídico de algo, esas definiciones o reglas constitutivas obviamente tienen también un significado normativo, pues ellas son imprescindibles para conocer el “sentido objetivo” del acto de habla realizado por el juez al solucionar una disputa jurídica. Aun cuando los jueces no establecen ninguna norma jurídica general, no puede haber duda de que crean normas individuales y ponen en movimiento el proceso dinámico de producción del derecho. La hipótesis contraria, que encuentra pocos defensores además de Bulygin, presupone la asunción de un formalismo jurídico excesivamente simplificador y que no contribuye en ninguna medida a reducir la discrecionalidad judicial.

Quedan abiertas, sin embargo, una serie de preguntas altamente relevantes para la práctica jurídica. Para mencionar apenas unas pocas, puede indagarse: ¿en qué medida las normas establecidas por los jueces son vinculantes para la argumentación jurídica? ¿Pueden extenderse o excepcionar estas normas? ¿Qué tipo de fuentes del derecho constituyen? Todas esas preguntas son de capital importancia y deben ser respondidas por una teoría de los precedentes judiciales, que se establezca como complemento de la teoría general del derecho. Esa teoría debe establecer, por ejemplo, los factores institucionales y no institucionales que influyen en la fuerza del precedente judicial, los métodos adecuados para su interpretación, la forma de aislar la “norma individual relevan-

te” (*ratio decidendi*) de un caso concreto, etcétera. Probablemente las ambiciones de esta teoría van más allá del propósito descriptivo de la teoría pura del derecho. Una cosa, sin embargo, es cierta: el análisis que Kelsen hace del proceso dinámico de aplicación del derecho —así como el constructivismo epistemológico que subyace a su teoría del derecho— es la explicación más fecunda del proceso de aplicación del derecho que se conoce. Incluso las teorías que ambicionan ir más allá de los límites del descriptivismo de la teoría pura del derecho, como las teorías de la argumentación jurídica de Robert Alexy, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik, Manuel Atienza y, en cierto sentido, la de Neil MacCormick, no se apartan de la explicación de Kelsen para el momento dinámico del derecho y del proceso de aplicación de normas jurídicas.⁵ El concepto de aplicación del derecho de la teoría pura del derecho continúa siendo extremadamente importante para el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica o de cualquier otra rama de la filosofía del derecho.

5 También nosotros intentamos elaborar una teoría del precedente judicial que lo analiza en el contexto de la teoría de la argumentación jurídica y tiene pretensiones normativas. Si bien eso implica que nuestra teoría busca trascender el positivismo de la *Teoría pura del derecho*, no hay duda de que aquella tiene en esta uno de los principales puntos de apoyo, en la medida en que el modelo dinámico de aplicación del derecho es integralmente adoptado. (Véase Bustamante, 2009).

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cuarta reimpresión. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos. «La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano». En *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 193-227.
- BULYGIN, Eugenio. «Sentencia judicial y creación de derecho». En Carlos Alchourrón, y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-369.
- . «Observaciones a Kelsen, “validez y eficacia del derecho”». En Hans Kelsen, Eugenio Bulygin, y Thomas Walter, *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 75-83.
- BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Malheiros, en prensa.
- GARCÍA AMADO, Juan Antoni. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid, Marcial Pons, 1996.

- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 2ª ed., traducción de Roberto Vernengo. México, Universidad Autónoma de México, 1981.
- . *A essência e o valor da democracia*. En Hans, KELSEN, *A democracia*, São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 137-297.
- . «Validez y eficacia del derecho». En Hans KELSEN, Eugenio Bulygin y Thomas Walter, *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 49-74.
- PECZENIK, Aleksander. *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. y Germán SÚCAR. «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho». En Riccardo Guastini y Paolo Comanducci (eds.), *Analisi e diritto 1998*, Torino: Giappichelli, 1998, pp. 277-305.
- SEARLE, John R. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

En más de doscientas páginas, el lector encontrará cinco artículos: las palabras pronunciadas por el profesor Carlos Gaviria Díaz el día en que se realizó el evento Hans Kelsen: una teoría pura del derecho, las ponencias escritas de los profesores Óscar Mejía Quintana, Thomas Bustamante y el suscrito, Édgar Hernán Fuentes Contreras, más una contribución invaluable e inédita para este texto del profesor Mario Alberto Montoya Brand. Una antología de textos disímiles, pero con la rigurosidad académica propia de cada uno de los autores y que pone en discusión, en términos actuales, las construcciones metodológicas y teóricas del profesor austríaco Hans Kelsen. Un recorrido sobre interpretaciones, críticas, profundizaciones, posturas, complementos y dilucidaciones que, de seguro, pondrán una vez más a los lectores en la necesidad de repensar lo que hasta ahora se ha dicho sobre Kelsen.

Édgar Hernán Fuentes Contreras
(coordinador)

